

JUR5030 Masteroppgave i rettsvitenskap

## Rettslig homogenitet i EØS



Juridisk fakultet  
Universitetet i Oslo

Kandidatnummer 533  
April 2012



# Innholdsoversikt

1. Innledning
2. Homogenitetsmålsettingens materielle side
  - 2.1. Grunnlaget i avtalen
  - 2.2. Innlemmelse av EØS-rett i norsk lovgivning
  - 2.3. Bruk av EØS-rett som primært rettsgrunnlag
  - 2.4. Direkte virkning
3. Rettskildelære og homogenitetsmålsettingen
  - 3.1 EØS-rettens betydning for hvilke argumenter som er relevante for norske domstoler
  - 3.2 EØS-rettens påvirkning av hvilke regler norske domstoler utleder fra rettskildefaktorene
  - 3.3 Hvilken vekt tillegges EØS-regelen på bekostning av nasjonale rettskildefaktorer?
4. Avslutning

## Rettslig homogenitet i EØS

### 1. Innledning

I traktatgrunnlaget for så vel EU som EØS finner vi en målsetting om et ensartet marked. Realiseringen av denne målsettingen om fri bevegelighet av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital forutsetter et regelverk som harmoniseres og tolkes likt i de enkelte land. Denne forutsetningen omtales gjerne som homogenitetsmålsettingen. I EØS-avtalen kommer den eksplisitt til uttrykk i artikkel 1, i erklæring nr. 4 i EØS-avtalens fortale, samt i avtalens protokoll 35. Målsettingen er også så selvsagt at den kan sies å være et uttrykk for selve avtalen i seg selv. Formålet med EØS var i første rekke å utvide EUs marked til å også gjelde Norge, Island og Liechtenstein. For at dette overhode skal kunne fungere er forutsetningen om en likeartet forståelse av de regler som regulerer disse rettsområder i EU, og avtalens regulering av de samme områder, temmelig opplagt.

Anvendelse av EØS-rett i Norge vil måtte foregå i to faser. For det første blir det et spørsmål om å finne frem til hva den EØS-rettslige regelen innebærer. Dette er en prosess der de norske rettskildefaktorer skal holdes utenfor. EØS-avtalen er en folkerettslig avtale der innholdet i stor grad baserer seg på lovgivning og tilhørende rettspraksis fra EU. For å finne fram til den regelen avtalen gir grunnlag for må man altså tolke avtalen på sine egne premisser. I stor grad innebærer dette at man vil måtte skjele til et annet rettssystem, EU-retten, for å fastlegge reglenes innhold.

Deretter blir oppgaven å finne frem til hva dette betyr for fastsettelsen av norsk rett, altså en anvendelse av regelen etter den rettskildelære som gjelder i vår rettsorden som utledes av Høyesteretts praksis.

Som vi skal se sikres rettshomogeniteten gjennom forskjellige virkemidler som forholder seg henholdsvis til prosessen med finne frem til hva EØS-regelen går ut på og til prosessen med å finne frem til den nasjonale regelen sett i lys av EØS-regelen.

EØS-avtalen omfatter langt mer enn bare hoveddelens 129 artikler, som er gjort til norsk lov. For det første finner vi i tilknytning til hoveddelen en fortale der avtalepartene i generelle vendinger påtar seg å samvittighetsfullt leve opp til avtalens målsettinger. Dernest innebefatter avtalen 49 protokoller som inneholder regler om områder som særskilt er holdt utenfor avtalen, først og fremst av politiske grunner. Til sist finner vi vedleggene. Dette er den mest omfangsrike delen av avtalen. Det er i vedleggene man finner henvisningene til den mer detaljerte lovgivningen som ved årsskiftet 2009/10 talte over 8000 rettsregulerende instrumenter, som i EU kalles rettsakter<sup>1</sup>.

De regler Norge etter EØS-avtalen er forpliktet til å gjennomføre, stammer fra EU. EU er et separat rettssystem som vedtar sin egen lovgivning i tråd med sin egen konstitusjon kalt Traktatene. Av EØS art. 102 følger at den EU-lovgivning

---

<sup>1</sup> Jfr. Sejersted, EØS-rett side 86

som angår de samarbeidsområder EØS-avtalen omhandler fortløpende skal bli del av avtalen.

EU-retten består av regler som har sitt grunnlag i rettsakter. Dette er de juridiske instrumentene som brukes til oppfylle målene som trekkes opp av de konstituerende traktatene. Til rettsaktene hører EUs to typer lovgivning; forordninger og direktiver. Hvilken av disse EUs lovgivende organer velger å benytte seg av avhenger av hjemmelsgrunnlaget for dem, og av hvilket formål lovgivningen skal tjene siden det knytter seg ulike egenskaper til de to. I form minner forordninger om tradisjonell lovgivning slik vi kjenner den fra norsk rett - de forsøker å si hva retten *er*. Direktiver kan på sin side karakteriseres som rammer nasjonal rett må holde seg innenfor for å være i harmoni med EU-retten.

Det er forordninger og direktiver som ligger til grunn for den lovgivning Norge er forpliktet til å gjennomføre i norsk rett etter EØS-avtalen. Før forordninger og direktiver blir del av vår norsk rett må de gjennom ulike stadier. Først må de altså vedtas av EU, dernest må det undersøkes om de hører inn under EØS-avtalen, noe som skjer i EØS-komiteen som er et samarbeidsorgan mellom EU og EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein, før de til slutt må de gjennomføres i vår nasjonale rettsorden.

## *2 Homogenitetsmålsettingens materielle side*

### *2.1 Grunnlaget i avtalen*

Sikring av rettshomogenitet har to sider. Den ene er å sikre at avtalens innhold og forpliktelser *forstås* på en likeartet måte. Til dette hører det Borgli og Arnesen kaller intensjonserklæringer<sup>2</sup> som vi finner i fortalens 4. og 15. ledd, samt i avtalens artikkel 1. Best kan de karakteriseres som overordnede målsettinger for avtalen som de nærmere bestemmelser må tolkes på bakgrunn av. Videre er det for å sikre en likeartet forståelse av det EØS-rettslige regelverk inntatt instrumenter i og i tilknytning til avtalen som sikrer rettsanvendere i EFTA-landene tilgang til rettspraksis og tolkningsuttalelser som kan bidra til å klarlegge hva de EØS-rettslige forpliktelser nærmere går ut på. Disse finner vi i avtalens art. 106 og i ODA art. 34 .

En likeartet forståelse av avtalens innhold og regelverk kan imidlertid ikke alene sikre rettshomogeniteten. Avtalen må også *praktiseres* på en enhetlig måte. Dette den andre siden av utfordringen med å sikre rettshomogeniteten i EØS. Derfor er det i avtalen inntatt instrumenter til å kontrollere at forpliktelsene blir oppfylt og avhjelpsordninger som kan justere kursen hvis anvendelsen av regelverket i EFTA-delen av EØS har skilt seg fra den EU-rettslige på en måte avtalen ikke åpner for. Disse finner vi i andre og tredje avsnitt av avtalens kapittel tre om overvåking og tvisteløsning. Til sikring av en likeartet praktisering hører også tolkningsnormen i EØS art. 6 som pålegger EFTA-statene å sørge for at avtalens bestemmelser, så langt det finnes lignende bestemmelser i EU-retten, tolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser EF-domstolen har truffet før avtaleundertegnelsen. Også senere rettspraksis skal tas hensyn til etter ODA art. 3.

---

<sup>2</sup> Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS, pkt. 2.2, s. 214

## *2.2 Innlemmelse av EØS-rett i norsk lovgivning*

Norsk retts forhold til folkeretten betegnes gjerne som dualistisk. Dette er et begrep som brukes til å betegne at norsk rett og folkeretten er å anse som adskilte rettssystemer og at formell innlemmelse derfor er nødvendig for at folkeretten skal bli intern rett. Resultatet av en slik tankegang blir at for å vinne frem i norsk rett må kravet basere seg på en norsk rettsregel. Uansett om dette medfører riktighet eller ikke, er det ikke noe avgjørende bidrag til å beskrive folkerettens innflytelse i norsk rett. Eckhoff kaller dualismebegrepet lite dekkende og i alle tilfeller uegnet til å gjøre seg opp en mening om hva som er gjeldende rett<sup>3</sup>. Folkerettens stilling i Norge begrenser seg ikke til summen av alle bestemmelser i norsk lovgivning som gjennomfører folkerett. Folkerett som ikke er spesifikt gjennomført kan både være et rettslig argument i seg selv og spille en rolle for hvilken metode som anlegges i besvarelsen av et rettsspørsmål i Norge. Høyesterett har gjennom rikholdig praksis vist til folkeretten som hjelpemiddel i fortolkningen av intern rett og Fleischer proklamerer "at folkeretten er norsk rettskilde i denne forstand, er i og for seg helt på det rene – noe vel heller ingen har villet benekte"<sup>4</sup>. Selv om det i norsk rettskildelære finnes flere mekanismer som sikrer folkeretten innflytelse, er det ikke tvil om at formell innlemmelse er et egnet og effektivt virkemiddel. EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som private rettssubjekter utleder rettigheter fra. Disse ville være lite verdt om ikke avtalepartene lojalt sørget for at innholdet ble fulgt opp rettslig i de nasjonale rettssystemer og den sikreste måten å sørge for dette er å se til at det faktisk finnes nasjonal lovgivning som støtter opp om den. For EØS-avtalens følger det en plikt til lojal gjennomføring av art. 3 i avtalen selv. Denne lojalitetsplikten er ikke annet en presisering av det sentrale poenget ved avtaler i sin alminnelighet – de skal leves opp i til i realiteten. For å sørge for dette er formell gjennomføring av forpliktelsene et viktig skritt på veien.

Rent teknisk er det vanlig at formell gjennomføring av en folkerettslig avtale i norsk rett gjøres som henvisning til avtalen eller som gjengivelse av den. Ofte kan det også konstateres at norsk lovgivning allerede er i overensstemmelse og oppfyller de forpliktelser den folkerettslige avtalen medfører, slik det også er med EØS-avtalen. Hvis det gjelder en EØS-rettsakt som tilsvarer et direktiv fra EF-retten er det tilstrekkelig for å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, at lovgiver forholder seg passiv hvis den norske rettstilstanden på gjeldende område allerede harmonerer med EØS-retten<sup>5</sup>. Dette forutsetter likevel at rettstilstanden fremgår klart og utvetydig av skreven lov eller tilsvarende innarbeidet rettspraksis.

Henvisningsteknikken er den teknikken som er mest lojal mot originalteksten. For EØS-rett som svarer til en forordning, den mest overnasjonale formen for sekundærlovgivning fra EU, er det denne teknikken som er vanligst å bruke. Når henvisningsteknikken brukes skjer det ved at det blir vedtatt én norsk paragraf,

---

<sup>3</sup> Rettskildelære, kapittel 12 IV

<sup>4</sup> Folkerett, § 26, 8, s. 337

<sup>5</sup> Sejersted mfl., EØS-rett s.200

som henviser til det man ønsker å innlemme og slår fast at dette gjelder som norsk lov eller forskrift. Fordelen ved bruk av denne teknikken er at den medfører en fullstendig materiell rettshomogenitet ved at mellomledd som kan forkludre likheten mellom bestemmelsene i EU og Norge ikke eksisterer. På den annen side innebærer en henvisning til lovgivning fra EU en henvisning til samtlige autentiske versjoner som er én for hvert språk – i alt 27. Skal man ta det faktum at alle versjoner er likestilte på alvor, kreves det et enormt sammenligningsarbeid når det skal utledes én regel fra 27 bestemmelser. I tillegg til at forordninger som regel innlemmes ved denne teknikken er det også gjort med EØS-avtalens hoveddel.

Gjengivelsesteknikken går ut på at folkerett tas inn i norsk rett på en måte som passer inn systematisk og språklig. Man gjør folkerett til norsk lovtekst. Denne teknikken har som fordel at den gjør retten lettere tilgjengelig for de subjekter som måtte utlede rettigheter og plikter av den, dels ved at den begrenser fragmentering av lovstoffet og dels ved at innlemmelsen skjer på et kjent språk og med kjente begreper. Det kan i så måte tenkes at teknikken kan bidra til en mer lojal etterlevelse av EØS-rett på individnivå ved at den fremmedgjøring som henvisningsteknikken medfører ikke i like stor grad gjør seg gjeldende. Bruk av gjengivelsesteknikken kan skje ved innlemmelse av EØS-rett som svarer til et EU-direktiv. Likevel er poenget med direktiver at det gis bestemmelser som tilfredsstiller direktivets krav, ikke at man gjengir direktivet som sådan.

Den rett som tilsvare et EU-direktiv velger altså statene selv hvordan skal gjennomføres nasjonalt jfr. EØS art. 7. Kanskje hadde dette kommet tydeligere fram hvis man hadde oversatt det tyske ordet for direktiver til norsk, *Richtlinien*, i stedet for det fransk/engelske *directive*. Direktiver kan sies å være retningslinjer for hvordan lovgivningen i en stat må være for å oppfylle Fellesskapets krav innenfor et bestemt rettslig område. Likevel er det ofte slik at direktivene er både detaljerte og konkrete når det kommer til hva det forutsetter av det materielle på nasjonalt plan. Måten statene må gjennomføre direktivet på er derimot valgfri og dette åpner for at man etterkommer kravene på en måte som passer (godt) inn språklig og systematisk med den lovgivning som allerede foreligger. Av og til er det slik at direktiver er vagt og generelt utformet og innebefatter tvilsomme tolkningsspørsmål om hva EU/EØS-retten egentlig forutsetter. Feiltolkes innholdet av direktivet kan dette gå ut over individer ved at de ikke får den rettsstilling de etter direktivet skulle hatt. Dette kan få konsekvenser for Norge både på det folkerettslige og internrettslige plan. Folkerettslig kan resultatet bli kritikk og i siste instans traktatbruddsspørsmål etter ODA art. 31 som følge av manglende etterlevelse av avtalens forpliktelser. Nasjonalt kan konsekvensen bli erstatningsansvar for evt. økonomisk tap et individ kan ha lidt. Står man overfor et direktiv av denne typen vil det fra nasjonal side være den enkleste løsningen å tolke direktivets innhold utvidende på en slik måte at man er sikker på at EØS-rettens krav oppfylles. Dette medfører på den annen side en fare for at man gir lover som går lenger enn det EØS-retten forutsetter og kanskje i strid med det som isolert tjener Norges interesser best. Det såkalte Håndhevelsesutvalget som sto bak NOU 2010: 2 om offentlige anskaffelser kom frem til at slik overoppfylling av EØS-rettslige forpliktelser er

lite ønskelig fra et prinsipielt synspunkt<sup>6</sup>. Den foretrukne løsningen er ifølge utvalget å tolke direktiver på den måte som på tidspunktet faller seg mest naturlig og tjener norske interesser best. Uproblematisk er likevel heller ikke dette. Tolkningen av et direktiv vil kunne endre seg i takt med praksis fra EF-domstolen og det kan med tiden vise seg at den nasjonale gjennomføringen ikke lenger er i overensstemmelse med rettstilstanden i EU, noe som igjen vil innebære et traktatbrudd om ikke gjennomføringslovgivningen endres.

I hvilken grad Norge går lenger enn nødvendig i fortolkningen av EUs direktiver for å være sikker på å møte EØS-avtalens krav om homogenitet er ikke blitt kartlagt, men vil nok avhenge hvilket område for samarbeidet man befinner seg på<sup>7</sup>

For EØS-rett som svarer til EUs forordninger, oppstiller EØS art. 7 andre krav til gjennomføring, noe som skyldes forordningenes særlige karakteristika. EUs forordninger gjelder umiddelbart i medlemslandene og er dermed å betrakte som lov fra det øyeblikket de vedtas. Innlemmelsen av EU-forordninger i norsk rett bidrar til å synliggjøre en prinsipiell forskjell mellom EØS-avtalen og fullverdig EU-medlemskap. I TFEU artikkel 288 heter det at forordninger skal komme umiddelbart til anvendelse i alle medlemsstater ved vedtakelsen i EU og er følgelig et uttrykk for medlemsstatenes overføring av lovgivningskompetanse og det som kan kalles unionens overnasjonalitet<sup>8</sup>. Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i EØS-avtalen og det kan synes som målsettingen om homogenitet i EØS er uforenelig med det faktum at EØS-avtalen fra Norges side ble inngått med en klar intensjon om at den ikke skulle medføre overføring av lovgivningsmyndighet eller annen suverenitetsavståelse<sup>9</sup>. I realiteten er dette skillet mellom EU og EFTA likevel ikke av så stor betydning da forordningene med tiden også gjennomføres i EFTA-landene, og som vi skal se er det utviklet mekanismer i vår rettsorden som i resultatet langt på vei vil være sammenfallende med EU-rettens lære om direkte virkning<sup>10</sup>.

For å sikre størst mulig grad av homogenitet i EØS er det bestemt at forordningene skal gjennomføres *som sådan* i avtalepartenes interne rettsorden. Den mest praktiske måten å gjøre dette på er ved at det gis en lov- eller forskriftsbestemmelse som sier at det aktuelle vedlegg til EØS-avtalen gjelder som norsk lov. Dette vil som allerede nevnt innebære at det finnes 27 språklige versjoner som alle er å betrakte som norsk rett. En annen løsning er at den norske versjonen av forordningen gjøres til norsk rett. Prinsipielt gis det ikke noe rom til omskrivninger for å få lovteksten til å passe inn med øvrig norsk lovgivning, likevel må det påpekes at det sentrale poenget er at forordningene gir grunnlag for rettigheter og plikter som skal kunne anvendes nasjonalt, så suppleringer for å sikre at dette lar seg gjøre er en forutsetning for at lojalitetsplikten etter EØS art.3 overholdes.

---

<sup>6</sup> NOU 2010:2, pkt. 5.1.2

<sup>7</sup> *Innenfor og utenfor* NOU 2012: 2, s.123

<sup>8</sup> Se punkt 2.3.1

<sup>9</sup> Jfr. Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*

<sup>10</sup> Pkt. 2.3 – direkte virkning



### 2.3 Bruk av EØS-rett som primært rettsgrunnlag i norsk rett

Norge er blant de landene i EØS som er flinkest til å gjennomføre EU-direktiver i den nasjonale lovgivningen. Siden årsskiftet 2001 har andelen av gjeldende direktiver inntatt i EØS-avtalen som er gjennomført i gjennomsnitt ligget på over 99%.<sup>11</sup> For forordningenes del føres ikke statistikk, men ifølge NOU 2012:2 er inntrykket at gjennomføringsunderskuddet her er høyere, og ved noen få tilfeller er Norge også blitt dømt i EFTA-domstolen for manglende gjennomføring<sup>12</sup>. I det alt vesentlige vil det likevel være riktig å si at norske borgere og rettssubjekter kan stole på at de rettigheter og plikter som utledes av EØS-rett som folkerett også kan utledes av norsk rett. Fra et materielt perspektiv er rettshomogeniteten mellom EU-pilaren i EØS og Norge godt ivaretatt.

Til tross for at det i all hovedsak finnes bestemmelser i norsk lovgivning som gir grunnlag for rettigheter som utledes fra EØS-avtalen, vil man kunne stå overfor situasjoner hvor dette ikke er tilfelle. Spørsmålet er da om det finnes grunnlag i norsk rettskildelære til å likevel kunne ivareta de rettigheter borgerne skulle ha etter folkeretten generelt og statens EØS-rettslige forpliktelser spesielt. Arnesen og Stenvik formulerer dette som spørsmålet om hvorvidt Høyesterett kan bruke internasjonal rett til å sette til side eller supplere intern rett, og dermed bruke folkeretten som primært rettsgrunnlag<sup>13</sup>.

Dette kom på spissen i *Finanger I*-saken<sup>14</sup> der førstvoterende med tilslutning fra 9 av de øvrige 14 dommere la til grunn at direktiver og forordninger etter EØS-avtalen ikke kunne gis *direkte virkning*<sup>15</sup> i den aktuelle saken. Dette var et standpunkt i overenstemmelse med det EFTA-domstolen noen år tidligere hadde inntatt i *Sveinbjörnsdóttir*-saken<sup>16</sup> der domstolen forutsatte at avtalen ikke gir grunnlag for noe krav om direkte virkning. *Finanger I*-saken ble avsagt under dissens og et mindretall på fem dommere ville sette til side en etablert norsk regel som var i total motstrid med den EØS-rettslige og med det gå lenger enn hva EFTA-domstolen forutsetter av medlemsstatene. Begrunnelsen var at om domstolene mener lovgiver har ønsket, men ikke klart, å gjennomføre en EØS-forpliktelse, kan en kolliderende nasjonal regel settes til side. Mindretallet forsøker å sette seg inn i

---

<sup>11</sup> EEA EFTA States International Market Scoreboard September 2011.

Statistikken føres kun for direktiver, og må ikke forveksles med hvor stor andel av EUs samlede rettsakter som Norge gjennomfører.

<sup>12</sup> Samlet oversikt over traktatbrudssaker rettet mot Norge er inntatt i NOU 2012:2 side 224

<sup>13</sup> Internasjonalisering og juridisk metode, s. 50-51.

<sup>14</sup> Rt. 2000 s.1811. Førstvoterende viste til art. 7 i avtalens hoveddel som sier at forordninger og direktiver skal gjennomføres i intern rett. Side 1826: "Dette innebærer at verken direktiver eller forordninger har direkte virkning i norsk rett"

<sup>15</sup> Gjennomgang av begrepet *direkte virkning* gjøres i punktet med samme navn. Her blir det også sett nøyer på *Finanger I* og *II* som er de sentrale dommene for temaet i norsk rett.

<sup>16</sup> E-9/97, EFTA-court report 1998 s.95.

lovgivers situasjon på innlemmelsestidspunktet<sup>17</sup> og kommer til at lovgiver har ment å gi EØS-regelen virkning, og at domstolene derfor kan sette den nasjonale regelen til side.

Selv om man skulle anlegge et dualistisk perspektiv som tilsier at det er nasjonale rettsregler som er grunnlaget i nasjonale domstoler viser det seg at også folkerett, herunder EØS-rett som ikke er gjennomført nasjonalt, kan brukes som primært rettsgrunnlag innenfor de grenser legalitetsprinsippet setter. For at dette skal la seg gjøre har domstolene utviklet et knippe metodiske grep for å harmonisere internasjonal og nasjonal rett som man kan velge to filosofiske tilnærminger til: Enten brukes folkeretten kun som et middel til å finne den riktige nasjonale regelen som har ligget der fast i påvente av å bli oppdaget, eller så brukes folkeretten til å forme og dermed endre den norske regelen slik at den passer med regelen som fremgår av internasjonal rett. Tar man utgangspunkt i *presumsjonsprinsippet*<sup>18</sup> er det nærliggende å se det på den første måten. For idet man presumerer at lovgivers intensjon harmoniserer med folkeretten er det underforstått at lovgiver har gjort seg opp en mening om regelens innhold, og er det slik at lovgiver har en mening om regelens innhold følger det implisitt at det faktisk *finnes* en regel.

Presumsjonsprinsippet blir derfor en metode for å identifisere den korrekte norske regelen etter hvilke krav folkeretten stiller. Selv om presumsjonsprinsippet er trygt etablert i norsk rett ser jeg det som en stivbent og kunstig måte å tenke på. Etter mitt syn gir effektivitetsprinsippet<sup>19</sup>, en mer naturlig beskrivelse av folkerettens innflytelse. Arnesen og Stenvik presenterer det som en tolkningsregel som tilsier at i valget mellom flere alternative regler, skal det alternativ velges som sikrer folkeretten effektivt gjennomslag i norsk rett<sup>20</sup>. Dermed ser vi at mens presumsjonsprinsippet tar utgangspunkt i at lovgiver *har gitt* en regel som stemmer med folkeretten, tar effektivitetsprinsippet utgangspunkt i at lovgiver *ville ha gitt* en regel som sikrer folkerettens effektive gjennomslag. At den siste løsningen er en mer realistisk tilnærming mener jeg kan forklares av den enkle grunn at det er noe av en praktisk umulighet for lovgiver å se for seg en løsning i en hver rettslig konflikt som kan oppstå. Begge perspektiver bidrar uansett til å synliggjøre at folkeretten har innflytelse i norsk rett enten lovgiver har ment å ta folkeretten inn over seg på lovgivningstidspunktet, eller om domstolene, etter det de med mer eller mindre berettigelse antar er lovgivers ønske, velger å tolke norsk rett slik at vi får en regel som effektiviserer folkerettens normer<sup>21</sup>.

Om man velger å se det på den ene eller andre måten, er det liten tvil om at det faktum at domstolene bygger på rettskilder med liten grad av forankring i norsk lovgivning har vist seg som et nyttig supplement til å opprettholde rettshomogeniteten for tilfeller der staten ikke (rettidig) har gjennomført EØS-rettslige forpliktelser.

---

<sup>17</sup> Finanger I, side 1840: "Men det er lite sannsynlig at § 7 tredje ledd bokstav b ville ha utløst et krav om unntak fra EØS-avtalen"

<sup>18</sup> Mer om presumsjonsprinsippet under pkt. 3.

<sup>19</sup> Identifisert av Carsten Smith, TfR 1962 s. 188 og 1964 s. 357

<sup>20</sup> Internasjonalisering og juridisk metode, s. 55

<sup>21</sup> Carsten Smith, TfR 1964 s. 357: "Jeg mener å kunne påvise at det i dag er mer treffende å stille opp et prinsipp om *internrettslig effektivisering* av de folkerettslige normer, [...]"

Det er særlig i tilfelle der norske rettskilder ikke foreskriver noen sikker regel at domstolene har vist seg villig til å la folkeretten spille en avgjørende rolle. Det finnes altså en større eller mindre grad av tomrom i norsk rett der regelen enda ikke har blitt utledet eller kommet til syne.

Et illustrerende eksempel i så måte er Rt. 1990 s. 257 (Carl I. Hagen) der spørsmålet var om en lederartikkel i Rogalands Avis lå utenfor ytringsfrihetens grenser og skulle anses i strid med straffelovens § 246 og § 247. Førstvoterende med tilslutning fra alle de øvrige dommere viste til en sak fra EMD, der det hadde blitt konstatert at påstander publisert av en østerriksk redaktør av en lignende karakter som de i Rogalands Avis ikke kunne straffesanksjoneres, og uttalte "Jeg finner etter dette at påstandene om straff og mortifikasjon allerede på dette grunnlag ikke kan føre fram". Avgjørelsen var fattet i avdeling og enstemmig.

Folkeretten kan legge begrensninger på hvilke vedtak norske forvaltningsorganer kan treffe. For forvaltningen er Norges EØS-rettslige forpliktelser av stor betydning. Det er forvaltningen som skal gjennomføre reglene i norsk rett, samt etterleve og administrere dem overfor borgerne. Etter EØS art. 99 har dessuten forvaltningen mulighet til å delta i utviklingen av EUs regelverk gjennom innhenting av synspunkter fra parter som berøres av EØS-lovgivning som kulminerer i rapportering til Rådet i EU.

Av Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken)<sup>22</sup> heter det at "reglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler". Om reglene *ikke er til hinder* for prøving innebærer at domstolene også *kan* sette til side et forvaltningsvedtak som ugyldig med samme begrunnelse har det ikke kommet noen avgjørelse på for annet enn saker som omhandler menneskerettigheter, som synes å stå i en særstilling på grunn av denne type rettigheters noe opphøyde karakter. Gjennom oppfatningen som kommer til uttrykk i Ot.prp. nr. 79 (1991-92) kan mye likevel tyde på at domstolene har slik adgang. Der uttales det at Alta-saken må forstås som en rett for domstolene til å kjenne forvaltningsvedtak ugyldige som følge av strid mot folkeretten. Fleischer mener på sin side det er å legge for mye i Alta-dommen at denne alene skulle gi uttrykk for folkerettens evne til å sette forvaltningsavgjørelser til side og uttaler seg med det kritisk til Carsten Smith, som inntar et syn lignende det i proposisjonen<sup>23</sup>. Kanskje kan man bruke Smiths egne ord fra en annen sammenheng mot ham: "man skal være særdeles forsiktig med å bygge noe som helst på hva en domstol *ikke* sier"<sup>24</sup>.

For korrekt gjennomført EØS-rett som allerede er å betrakte som norsk lov vil ikke Alta-saken ha noen betydning – norsk lov kan jo i alle tilfeller påberopes som primært rettsgrunnlag for norske domstoler i deres kontroll av forvaltningsvedtak. Dessuten er det slik at etter EØS-loven § 2, som oppfyller en plikt Norge har etter protokoll 35 til EØS-avtalen, skal bestemmelser som gjennomfører EØS-rett gå foran annen lovgivning av samme rang, noe som betyr ikke bare rett til å benytte EØS-rett

---

<sup>22</sup> Enstemmig plenumsavgjørelse. Den aktuelle uttalelse på sidene 257-258

<sup>23</sup> Folkerett side 344

<sup>24</sup> Carsten Smith Tfr, 1962, side 203

som primært rettsgrunnlag, men en plikt til det. Derimot vil en forståelse av Alta-saken som i Ot.prp. nr. 79 (1991-92) kunne ha den betydning at EØS-rettslige forpliktelser Norge har påtatt seg, men som ikke er gjennomført korrekt, kan brukes som en tilstrekkelig hjemmel til å få kjent for forvaltningsvedtak ugyldige<sup>25</sup>.

Arnesen viser til to ulike typer EØS-strid forvaltningsvedtak (i petroleumsindustrien) kan stå overfor<sup>26</sup>. For det første har vi det han kaller tilblivelsesfeil. Som eksempel nevner han at myndighetene ved konsesjonsutlysningen har begrunnet pålegg i materialvalg i hensynet til norske leverandører som vil kunne være i strid med EØS art.11. Tilblivelsesfeil har den egenskapen at de ofte vil kunne repareres av forvaltningsorganet selv enten ved omgjøring eller etterfølgende godkjenning.

En annen kategori av EØS-strid et vedtak kan kunne stå overfor er det som refereres til som innholdsmangler. Innholdsmanglene kan igjen spaltes opp i to grupper, henholdsvis at vedtaket gir uttrykk for en rettighet eller plikt som er i strid med EØS-regler på det relevante området, eller at vedtakets innhold lider av skjønnsfeil som er sterkt urimelig eller diskriminerende. I motsetning til situasjonen for tilblivelsesfeil vil feil ved vedtakets innhold ikke lett kunne avhjelpes og konsekvensen er at slike vedtak kan anses ugyldige *nær sagt uten videre*<sup>27</sup>.

Konsekvensene av forvaltningsvedtak som strider mot EØS-rett kan være forskjellige alt ettersom hva slags feil vedtaket lider under og hvilken påstand saksøker anlegger. Påstandene kan være: Dom for brudd på EØS-avtalen ved fastsettelsessøksmål; dom på ugyldighet uten konsekvenser for den eller dem som er tilgodesett ved vedtaket, altså ikke noe mer enn en stadfesting av at saksøker har rett i sine innsigelser; påstand om omgjøring; påstand om erstatning for tap som følge av vedtakets EØS-strid.

Som vi skal se (avsnitt 2.4.2) foreligger det et statlig erstatningsansvar spesifikt for EØS-forpliktelser som ikke er gjennomført eller feilaktig gjennomført i norsk rett. Et ansvar kan også foreligge der det forekommer myndighetshandlinger som er i strid med gjennomført (EØS-)rett. Det siste er det såkalte alminnelige ansvaret for rettsstridige myndighetshandlinger<sup>28</sup>. Så fremt dette ansvaret er mer fordelaktig for skadelidte er det dette som skal legges til grunn<sup>29</sup>.

Som det allerede er pekt på gjennomføres EØS-retten i all hovedsak korrekt i norsk lovgivning, men for det unntak at Norge ikke skulle oppfylle de forpliktelser som følger av EØS-avtalen kan denne muligheten bidra til å øke rettshomogeniteten i EØS. En mulighet til å kjenne forvaltningsvedtak ugyldige med hjemmel i ikke-gjennomført EØS-rett kan være en effektiv måte å sikre en ensartet praktisering av de regler som følger av EØS-avtalen, noe også EØS avtalens fortale tar til orde for<sup>30</sup>. Hver enkelt borger kan dermed utøve de rettigheter som avtalen gir dem og kan således fungere som et slags overvåkingsorgan på individnivå.

---

<sup>25</sup> Jfr. Arnesen og Stenvik, Int. og juridisk metode side 118

<sup>26</sup> Statlig styring og EØS-rettslige skranker, kap. 33

<sup>27</sup> Arnesen, statlig styring og EØS-rettslige skranker side 594. Også Eckhoff og Smith Forvaltningsrett 8. utgave s. 444

<sup>28</sup> Se Sejersted mfl., EØS-rett side 216

<sup>29</sup> Jfr E-4/01 (Karlsson), premiss 33

<sup>30</sup> EØS-avtalens fortale avsnitt 9

Det går en glidende overgang mellom de tilfeller der ikke gjennomført EØS-rett kan brukes som hjemmel til å kjenne forvaltningsvedtak ugyldige til de tilfeller der en ikke gjennomført EØS-regel kan sette en motstridende nasjonal regel ut av spill. Finanger I-saken viste at den plikt til å sørge for et ensartet regelverk i EØS-området som Norge har påtatt seg etter EØS artikkel 3, også retter seg mot domstolene<sup>31</sup>. En lojalitetsplikt av slik karakter leder inn på spørsmålet om EØS-retten har direkte virkning i norsk rett.

## *2.4 Direkte virkning*

Med direkte virkning menes at en rettsregel som stammer fra et rettssystem *A* kan gi grunnlag for krav i et annet rettssystem *B* uavhengig av om det foretas noe aktivt for å gjennomføre regelen i rettssystem *B*. I EU-retten er EUs lovgivere gitt kompetanse til å gi rettsregler som er gyldige i de enkelte medlemsstaters interne rett. Full effekt oppnår prinsippet om direkte virkning når regler som gis direkte virkning gis fortrinn fremfor regler som følger av intern rett. Rettssubjekter kan dermed forbedre sin rettsstilling ved at de kan motsette seg anvendelsen av en nasjonal regel som er i strid med regelen som er gitt direkte virkning<sup>32</sup>.

### *2.4.1 Situasjonen i EU*

EU er en egen rettsorden som utledes av de stiftende traktatene, som er de konstituerende folkerettslige avtalene for det som gjerne omtales som Fellesskapet. Fra Fellesskapets perspektiv gjelder traktatene som nasjonal rett fra det øyeblikk de er signert av avtalepartene, og det er opp til avtalepartene å sørge for at disse harmoniserer med de respektive forfatninger. Skulle slik harmoni ikke foreligge rokker ikke dette ved traktatenes autoritet, men utløser rettsvirkninger for de rettssubjekter som er berørt. Dette er for så vidt i tråd med hva som gjelder for folkeretten ellers, men på noen vesentlige punkt skiller situasjonen under EU-traktatene seg den alminnelige folkerettslige ordningen. For det første, EUs lovgivning kan gjelde umiddelbart og ha virkning i de nasjonale rettssystemer uten videre gjennomføring. Og dessuten, i konflikt med nasjonal lovgivning pålegger EU-retten en plikt for nasjonale domstoler til å gi EU-retten forrang<sup>33</sup> som medlemsstatene synes å ha akseptert.

Evnen EU-rettsaktene har til gjelde og gi rettsvirkninger i nasjonal rett fra det øyeblikk de trer i kraft er kjernen i det som gjerne omtales som Fellesskapets overnasjonale karakter og kan spaltes opp i to bestanddeler. For det første har vi rettsaktens egenskap av å bli en integrert del av det nasjonale rettssystem uten videre lovgivningstiltak i den enkelte stat – gjerne omtalt som den umiddelbare anvendelighet. Dernest har vi de virkninger den umiddelbare anvendelighet medfører og i hvilken grad den utleder rettigheter som kan påberopes for nasjonale domstoler – omtalt som rettsaktens direkte virkning.

---

<sup>31</sup> Høyesterett viste på s.1827 til avtalens fortale hvor det heter: "avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale ..."

<sup>32</sup> Jfr. Thue, EF-domstolens lære om direkte virkning, side 1

<sup>33</sup> En egenskap som kom første gang til syne i *Costa v ENEL* C-6/64

Når målet her er å undersøke i hvilken grad det oppnås rettslig homogenitet vil fokuset ligge på virkningene av at EU/EØS rett blir en integrert del av den nasjonale retten, jeg vil derfor hovedsakelig forholde meg den siden av rettsaktens overnasjonalitet som omtales som direkte virkning. I hvilken grad det i EU tilkommer de ulike rettsakter direkte virkning er så bestemmende for systemet innenfor EØS at en beskrivelse av hovedtrekkene ved læren i EU-retten, og som gir mulighet til en sammenligning og forståelse av situasjonen under EØS-avtalen, faller naturlig.

I EU-retten sondres det i læren om rettsaktenes direkte virkning mellom horisontal og vertikal virkning<sup>34</sup>. Dette skillet innebærer en forskjell i hvor langt beskyttelsen av borgernes rettigheter strekker seg avhengig av hvilket rettssubjekt den ikke-gjennomførte rettsakt blir påberopt overfor. Traktater og forordninger har virkning både vertikalt og horisontalt, noe som innebærer at et privat rettssubjekt kan utlede rettigheter fra disse både overfor staten og overfor andre private rettssubjekter.

Ut av EU-retten system springer det en monisttankegang som tilsier at de stiftende traktatene er en integrert del av medlemsstatenes lovgivning fra det øyeblikk de blir undertegnet. Riktignok kan det argumenteres for, slik det blant annet gjøres av Akos G. Toth, at umiddelbar anvendelighet ikke kan sies å foreligge for traktatbestemmelser da internrettsvirkninger er avhengig av ratifikasjon av traktaten: "As far as the Treaty is concerned, the term is clearly inappropriate. As an instrument of international law, the Treaty was required to be ratified before it could entry into force."<sup>35</sup> Borgli og Arnesen anser likevel betegnelsen som hensiktsmessig også for traktater siden det finnes bestemmelser som tar sikte på å gi rettsvirkninger i medlemsstatene uten videre gjennomføringstiltak<sup>36</sup>.

For forordningenes del er situasjonen beslektet med hva som gjelder for traktatene idet disse tas inn i nasjonal lovgivning slik de er vedtatt uten endringer av noe slag. Craig og De Búrca uttrykker det slik: "The direct application of regulations means that they have to be capable of being 'parachuted' into the legal systems of all the Member States just as they are"<sup>37</sup>.

For direktivene er det av betydning om det er til statens ellers et privat rettssubjekts ugunst at direktivet gis direkte virkning. Det kan begrunnes i den grad av frihet som tilkommer de enkelte statene mht. måten direktivets innhold gjennomføres på og den risiko dette medfører for at det ikke skjer korrekt. Er direktivet feilaktig gjennomført tilsier legalitets- og forutberegnelighetshensyn at man skal være tilbakeholden med å gi det virkning overfor private som etter direktivet kan få sin rettsstilling svekket. Det er den ikke-gjennomførte eller feilaktig gjennomførte rettsakt man forholder seg til når det er spørsmål om direkte virkning. Det faktum at traktater og forordninger gjelder som de er, gjør at disse er synlige og tilgjengelige for enhver og tanken er at dette skal øke forutberegneligheten og gjøre det enklere å innrette seg etter dem. Derfor kan det også synes overflødig å snakke om direkte virkning hva gjelder forordninger siden disse "shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States"<sup>38</sup>. I forlengelsen av bildet til Craig og de

---

<sup>34</sup>Se f.eks Paul Craig og Gráinne de Búrca, EU Law, s. 180 ff

<sup>35</sup> The Oxford Encyclopedia of European Community Law, 1990, s. 162

<sup>36</sup> Institusjoner og rettskildelære i EU og EØS, s. 176.

<sup>37</sup> EU Law, side 106

<sup>38</sup> Lisboa-traktaten art. 288

Burca "slippes" forordningene over medlemslandene og i det de tar bakken er de allerede nasjonal rett. Direkte virkning er således ikke noe som er forbeholdt direktiver, men man kan si at den konsumeres av den umiddelbare anvendeligheten. Det er greit å være oppmerksom på at EU-domstolen selv ikke viker tilbake for å bruke begrepet direkte virkning også når det er snakk om forordninger<sup>39</sup>. Forskjellen mellom den umiddelbare anvendelighet og den direkte virkningen tilkjennegir seg som vi skal se blant annet gjennom det faktum at når det er snakk om direktivets direkte virkning må man ta stilling til hvem som er sakens parter.

Allerede i 1963 slo EU-domstolen fast at EF-retten er et selvstendig rettssystem med rettigheter som kan påberopes av private<sup>40</sup>. Dette innebærer at EF-retten skiller seg fra den normale ordningen under Folkeretten ved å ikke henvende seg til statene som eneste rettssubjekter, men også til borgerne.

I det som omtales som EU-domstolens mest berømte avgjørelse<sup>41</sup>, *van Gend en Loos-saken*, utviklet EF-domstolen en lære under hvilke betingelser private utleder rettigheter fra traktatene overfor statene:

"[...]artikel 12 inneholder et klart og ubetinget forbud, som ikke er en plikt til at handle men til at undlade; ydermere knytter der sig ikke til denne forpligtelse noget forbehold fra staternes side om, at dens gennemførelse skal være afhængig af vedtagelsen af en udtrykkelig national retsforskrift; selve dette forbuds karakter gør det særdeles velegnet til at skabe umiddelbare virkninger i de retlige relationer mellem medlemsstaterne og deres retsundergivne; gennemførelsen af artikel 12 kræver ikke, at staterne vedtager nogen lovgivning;"<sup>42</sup>

Forutsetningen er altså at artikkelen man påberoper seg en rettighet i skal være klar, betingelsesløs og ikke etterlate noen form for statlig skjønn i forbindelse med implementeringen i nasjonal rett. Senere er *van Gend en Loos-saken* fulgt opp av EF-domstolen og det er slått fast at Traktatene kan ha rettslige virkninger også mellom private med henvisning til at traktatene er allmenngyldige i sin natur<sup>43</sup>. Den umiddelbare anvendeligheten fører til at forordninger kan ha virkning både mellom to private rettssubjekter og mellom staten og et privat rettssubjekt slik at rettsvirkningene i realiteten er sterkt beslektet med de som gjelder for traktatene. Det følger av Lisboa-traktatens art.288<sup>44</sup> at de er umiddelbart anvendelige. Direkte

---

<sup>39</sup> Se f.eks C-50/76: "By virtue of the obligations arising from the Treaty the Member States are under a duty not to obstruct *the direct effect inherent in regulations* and other rules of Community law."

<sup>40</sup> *van Gend en Loos v. Nederlandse Tariefcommissie* C-26/62

<sup>41</sup> *Craig og de Búrca*, s.183

<sup>42</sup> C-26/62; Domssaml. 1954-1964, Det aktuelle premisset på sidene 379 - 380

<sup>43</sup> *Defrenne v. SABENA* premiss 39: "In fact, since Article 119 is mandatory in nature, the prohibition on discrimination between men and women applies not only to the action of public authorities, but also extends to all agreements which are intended to regulate paid labour collectively, as well as to contracts between individuals."

<sup>44</sup> Traktaten om den Europeiske Unions virkeområde art. 288 2. ledd: *En forordning skal være allmenngyldig. Den skal være bindende i alle deler og komme direkte til anvendelse i alle medlemsstater.*

vertikal virkning ble første gang fastslått i 1973<sup>45</sup> og direkte horisontal virkning på samme betingelser som for traktatene fulgte av en avgjørelse i 2002<sup>46</sup>

Et direktiv retter seg mot statene i EU og det påligger hver enkelt stat å gjennomføre direktivets mål, men overlater til de nasjonale myndigheter selv "at bestemme form og midler for gjennomføringen"<sup>47</sup>. Det ville være til hinder for målet om et ensartet regelverk i EU om en stat kunne tjene på sitt mislighold overfor borgerne og stille seg i en gunstigere posisjon overfor de subjekter som utleder rettigheter fra direktivet ved å unngå å gjennomføre det eller ved å gjennomføre det feil. Dette synspunkt ble første gang inntatt av EF-domstolen i *van Duyn-saken*<sup>48</sup> fra 1974 og ledet til det som kalles direktivets vertikale direkte virkning. Forutsatt at direktivet er materielt egnet til å gi rettigheter for et privat rettssubjekt kan det derfor påberopes som anvendelig overfor staten og sette motstridende regler av nasjonal opprinnelse til side, såfremt implementeringsfristen er utløpt.

I en situasjon der et ikke-gjennomført direktiv utleder rettigheter for ett privat rettssubjekt som tilsier et tilsvarende bortfall av rettigheter for et annet privat rettssubjekt, stiller det seg annerledes. Her blir det et spørsmål om å veie verdien av effektiv gjennomføring av EU-rett opp mot hensynet til forutberegnelighet og innrettelse for den part hvis rettigheter faller bort når regelen av nasjonal opprinnelse må vike. Som følge av dette har EF-domstolen inntatt et annet synspunkt enn i saker der statens interesse står i konflikt med den private interesse.

Saken<sup>49</sup> som markerte skillet mellom direktivets vertikale og horisontale direkte effekt omhandlet helsearbeideren Helen Marshalls ønske om retten til å få stå like lenge i jobb som hennes mannlige kolleger. For den britiske domstol påberopte hun seg et direktiv til likebehandling av menn og kvinner i arbeidslivet. Regelen som fulgte av direktivets artikkel 5 var i konflikt med regelen av nasjonal proveniens, og Court of Appeal henvendte seg til EF-domstolen med spørsmål om direktivet kunne gis direkte virkning. I den aktuelle saken var arbeidsgiveren en offentlig myndighet og direktivet kunne dermed gis direkte virkning. I et premiss med karakter av et *obiter* uttaler domstolen videre at et direktivs bindende karakter gjelder kun i forhold til enhver medlemsstat som det retter seg mot, og at et direktiv således ikke kan skape forpliktelser for private og avviste med dette den horisontale virkning<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Orsolina Leonesio v Ministero dell'agricoltura e foreste C-93/71

<sup>46</sup> Antonio Muñoz y Cia SA and Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd and Redbridge Produce Marketing Ltd C-253/00. Wyatt og Dashwood (side 250) viser til A Biondi, "Annotation of Muñoz" og fremhever at dommen kan være et uttrykk for en rettighet til å gjøre gjeldende forordninger i allmennhetens interesse, snarere enn individets rettighet til å påberope seg forordningen overfor et annet individ. Dette er en ren teoretisk innsigelse og resultatet vil uansett være det samme.

<sup>47</sup> Lisboa-traktaten artikkel 288, dansk versjon.

<sup>48</sup> C-41/74

<sup>49</sup> Marshall-saken, C-152/84

<sup>50</sup> C-152/84 Premiss 48: "With regard to the argument that a directive may not be relied upon against an individual, it must be emphasized that according to Article 189 of the EEC Treaty the binding nature of a directive, which constitutes the basis for the possibility of relying on the directive before a national court,



Selv om motparten er et privat rettssubjekt og et direktiv ikke gis horisontal virkning, er det ikke umulig å få reparert det tap det ikke-gjennomførte direktivet har medført. Av *Francovich-saken*<sup>51</sup> fulgte det at en stat kan holdes økonomisk ansvarlig for manglende gjennomføring av direktiver. Resultatet er at den part som har lidd skade ved manglende gjennomføring av et direktiv kan stilles i tilnærmet samme posisjon som om direktiv hadde vært gitt horisontal virkning. De nærmere vilkår for erstatningsansvaret ble utbrodert noen år senere i en forent sak, *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland*<sup>52</sup>, som omhandlet Tysklands særlige regler for ølbrygging. EU-domstolen viste i premiss 51 til tre vilkår:

*In such circumstances, Community law confers a right to reparation where three conditions are met: the rule of law infringed must be intended to confer right on individuals; the breach must be sufficiently serious; and there must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured parties.*

Domstolen gikk nærmere inn på hva som lå i vilkåret "sufficiently serious" og viste til at særlig skulle legges vekt på om en medlemsstat eller EU-institusjon åpenbart ("manifestly") og grovt ("gravely") hadde gått utover det frie skjønne EU-reglene legger til grunn. Hva som er åpenbart og grovt er i seg selv skjønnsmessige begreper, men domstolen viste til at det i det enkelte tilfelle måtte avgjøres av:

*[...]the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national or Community authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by a Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to Community law*<sup>53</sup>.

Statlig erstatningsansvar gir likevel en noe dårligere rettsstilling og er mindre praktisk for det skadelidende private rettssubjekt enn det horisontal direkte virkning ville vært. Først og fremst fordi erstatningsansvaret kun vil reparere et eventuelt tap og ikke den rettslige posisjonen rettssubjektet ville hatt. Dessuten vil det være til ugunst for skadelidte at læren stiller kvalifiserende krav til alvorligheten av krenkelsen<sup>54</sup>. Økonomisk ansvar vil likevel virke motiverende for

---

exists only in relation to 'each Member State to which it is addressed'. It follows that a directive may not of itself impose obligations on an individual and that a provision of a directive may not be relied upon as such against such a person. It must therefore be examined whether, in this case, the respondent must be regarded as having acted as an individual."

<sup>51</sup> C-6/90

<sup>52</sup> C-46 og 48/93

<sup>53</sup> C-46 og 48/93, premiss 56

<sup>54</sup> Craig og De Búrca peker også på at løsningen vil tilsa en mer omfattende prosess ved at skadelidte ofte vil måtte foreta rettslige skritt mot den private motpart som fastslår tapet, før kravet kan rettes mot staten, EU Law side 215. Dette er imidlertid ikke noen forutsetning for ta ut søksmål.

medlemsstatene til å gjennomføre de forpliktelser som følger av direktiver og dermed som et virkemiddel til å heve rettshomogeniteten i EU.

#### *2.4.2 Situasjonen under EØS*

##### *Synet ved avtaleinngåelsen*

EØS-avtalen ble fra Norges side inngått med en klar intensjon om at den ikke skulle medføre overføring av lovgivningsmyndighet eller annen suverenitetsavståelse<sup>55</sup> og også EU-delen av samarbeidet var inneforstått med dette etter EU-domstolens uttalelse om at EØS-avtalen "merely creates rights and obligations as between the Contracting Parties and provides for no transfer of sovereign rights to the inter-governmental institutions which it sets up"<sup>56</sup>. Denne intensjonen er et utslag av suverenitetsprinsippet som innebærer at det er staten med sin grunnlovskompetanse som har enerett på å gi lover i Norge. Videre er det staten selv som velger hvordan den vil forplikte seg mot andre stater og rettssystemer, og om disse forpliktelsene skal gjelde som intern rett.

Ser man slik intensjon i lys av forpliktelsen om å sørge for rettslig ensartethet i hele EØS vil man måtte innse at man står overfor et prinsipielt problem. Sejersted beskriver det slik: "The EEA Agreement is fundamentally an attempt to do the impossible: to combine formal sovereignty for EFTA states with actually ceding power to the EU"<sup>57</sup>.

Den klare forutsetningen ved avtaleinngåelsen om at lovegiverkompetansen skulle forbli hos norske folkevalgte innebærer klart nok at EØS-rettslig direkte virkning ikke foreligger formelt. Den praktiske betydningen av en slik begrensning vil imidlertid i stor grad bero på domstolens syn på konsekvensene av manglende etterleving av avtalens forpliktelser. For like selvsagt som at EØS-avtalen ikke skulle medføre noen formell suverenitetsavståelse var det at avtalen medførte en plikt hos avtalepartene til å etterleve dens innhold og således sørge for rettslig ensartethet i EØS-området.

Spørsmålet om hvilke konsekvenser manglende etterlevelse av EØS-avtalens forpliktelser får vil måtte besvares i to omganger. For det første blir det et spørsmål om hvilken løsning de organer som er satt til å overvåke og fastsette avtalens innhold legger til grunn, dernest blir spørsmålet hvordan de nasjonale domstoler forholder seg til denne.

##### *EFTA-domstolens syn*

EFTA-domstolen er opprettet med hjemmel i ODA art. 27 til 41 og er gitt i oppgave å avgjøre EØS-rettslige spørsmål i EFTA-delen av EØS. Domstolen er uavhengig av de nasjonale rettssystemer<sup>58</sup> og fungerer ikke som ankeinstans for private som mener å

---

<sup>55</sup> St.prp nr. 100 (1991-92) s.316

<sup>56</sup> Opinion 1/91, ECR, I-6079

<sup>57</sup> Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context

<sup>58</sup> jfr. Sejersted mfl., EØS-rett side 159

ha krav på rettigheter etter EØS-avtalen som ikke har blitt tilkjent i nasjonale domstoler.

EØS-avtalens hoveddel tilsvarer på sett og vis EUs traktater og gjelder som norsk lov. Dette innebærer at bestemmelsene kan påberopes og skape rettigheter for private rettssubjekter både overfor staten og overfor andre private rettssubjekter forutsatt at de har et innhold som er egnet til dette. Hva som ligger i de enkelte bestemmelsene blir i realiteten et spørsmål der EØS-rettens rettskildelære blir bestemmende for svaret selv om bestemmelsene formelt sett er del av norsk lovgivning<sup>59</sup>.

Det er imidlertid klart nok at det er meningen at avtalens hoveddel skal gi private rettigheter og EFTA-domstolen har til stadighet pekt på at anerkjennelsen av private som rettighetssubjekter er et grunnleggende trekk ved EØS-avtalen<sup>60</sup>. Realiteten er likevel at hoveddelen hovedsakelig setter rammene for sekundærlovgivningen<sup>61</sup> som igjen nærmere bestemmer hvilket konkret innhold avtalen har. Fra det faktum at hoveddelen er ment å gi grunnlag for rettigheter for private kan det ikke slutes at EØS-retten har direkte virkning. EFTA-domstolen har inntatt standpunktet at direkte virkning ikke foreligger; EØS-rett som ikke er gjort til nasjonal lov må ikke i seg selv brukes som grunnlag for krav i de nasjonale domstoler<sup>62</sup>. Når det gjelder EØS-avtalens hoveddel er dette i realiteten uproblematisk for rettighetssubjektene siden den i sin helhet er gjort til nasjonal rett, i Norge i lovs form gjennom EØS-lovens § 1 og bestemmelsene i denne loven skal etter § 2 gå foran annen lovgivning. Skulle regler som følger av avtalens hoveddel mot formodning være feilaktig gjennomført på en slik måte at gjennomslag for nasjonale domstoler ikke kan gis, står et rettssubjekt med rettigheter som springer ut av EØS-avtalen likevel ikke på bar bakke. Selv om Norge har argumentert for at det ville være en forlengelse av prinsippet om direkte effekt og således imot avtalens intensjoner<sup>63</sup> har EFTA-domstolen i stor grad adoptert EU-domstolens lære om erstatningsansvar for *den manglende gjennomføringen*. Det er altså traktatbruddet som er hjemmelen for reparere den skade korrekt nasjonal gjennomføring ellers ville forhindret.

Selv om parallellene til situasjonen i EU er slående må det bemerkes at EFTA-domstolen viste til avtalen som "a distinct legal order of its own"<sup>64</sup> i sin hjemmel for ansvaret. At det er EØS-avtalen i egenskap av eget rettssystem som må ses som hjemmelen for ansvaret er også oppfatningen til Martin Eyjólfsson: "However, Sveinbjörnsdóttir can hardly be understood otherwise than as endowing the EFTA institutions with the powers to deduce unwritten principles from the Agreement without an explicit agreement of the Contracting Parties in the EEA Joint Committee."<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> Se pkt. 3.2.1

<sup>60</sup> jfr. bla. E-9/97 Sveinbjörnsdóttir premiss 58, og E-1/07 Straffesak mot A premiss 37

<sup>61</sup> Jfr Borgli og Arnesen, Institusjoner og Rettskildelære i EF og EØS, side 53

<sup>62</sup> E-9/97, premiss 44 og E-4/01, premiss 28

<sup>63</sup> E-4/01, premiss 54: "The Government of Norway argues that the principle of State liability under Community law, as developed by the Court of Justice of the European Communities, is inseparable from the fundamental principle of direct effect. The principle of State liability was established as a direct prolongation of the doctrine of direct effect."

<sup>64</sup> E-9/97, premiss 59 og 60

<sup>65</sup> Martin Eyjólfsson, Common Market Law Review 2000, side 205-206

Den nærmere beskrivelse av utviklingen av erstatningsansvaret gjøres i avsnittet om norske domstolars syn på EØS-avtalens evt. direkte virkning.

Det kan argumenteres for at statens plikt etter ekvivalensprinsippet er oppfylt når hoveddelen er gjort til norsk lov og krav som følger av avtalen er stilt i en særlig fordelaktig posisjon vis-a-vis andre krav gjennom EØS-lovens § 2, og at det dermed bør være opp til statens selv hvordan regelbrudd håndteres. Det er likevel vanskelig å se for seg andre hensyn gjøre seg gjeldende med særlig tyngde for å ikke å pålegge erstatningsansvar for det sjeldne tilfelle at bestemmelser i avtalens hoveddel ikke er korrekt gjennomført, når vi vet at det følger et slikt ansvar for manglende gjennomførte direktivbestemmelser. Lojalitetsplikten som retter seg mot avtalepartene i EØS art. 3 gjelder hele avtalen, og bestemmelsene i hoveddelen er naturligvis omfattet.

I Francovich-saken som først tilkjennega erstatningsplikten eksistens i EU-retten ble det vist til at det fulgte av "the system of the Treaty"<sup>66</sup> altså av traktaten selv. EFTA-domstolen fant hjemmel for erstatningsplikten med en lignende begrunnelse: "However, the principle of State liability must be seen as an integral part of the EEA Agreement as such"<sup>67</sup>. Springer erstatningsplikten ut av avtalens system er det nærliggende å anta at også de mest fundamentale bestemmelsene, avtalens hoveddel, er omfattet av erstatningsansvaret.

I Karlsson-saken konkluderer da også EFTA-domstolen med at erstatningsansvaret gjelder for så vel avtalens hoveddel som for sekundærlovgivning: "Under the EEA Agreement, an EEA State may, in principle, be held liable for breaches of its obligations under both secondary acts of EEA legislation and the main part of the EEA Agreement."<sup>68</sup>

For forordningenes del er de praktiske forskjellene på virkningene i nasjonal rett mellom EU og EØS små. Dette skyldes at de forordninger som faller inn under EØS-avtalen skal gjennomføres "som sådan" jfr. EØS-avtalen art. 7, noe som etterlater lite handlingsrom på nasjonalt nivå og med det små muligheter til gjennomføre lovgivningen feil. Regelen i EU er at de gjelder umiddelbart slik de er vedtatt, og så fremt de er inntatt i EØS-avtalen vil forordningene bli gjennomført og gjelde som nasjonal lov her. Ved konflikt med annen nasjonal lovgivning vil plikten til å gi EØS-retten forrang etter protokoll 35 komme inn.

Spørsmålet om direkte virkning er derfor forbeholdt de situasjoner der forordningene pga. treghet i nasjonal forvaltning etter vedtagelsen totalt er utelatt fra nasjonal lovgivning eller strider mot lovregler av høyere rang, som i realiteten vil si grunnlov. I likhet med situasjonen for EØS-avtalens hoveddel vil hensynet til lojal gjennomføring av forordningene tilsi statlig erstatningsplikt som for direktivenes del.

---

<sup>66</sup> C-6/90, premiss 35

<sup>67</sup> E-9/97, premiss 63

<sup>68</sup> E-4/01, premiss 32

Det første viktige skritt på til avklaring av EFTA-domstolens syn på betydningen av at en EØS-regel ikke er korrekt gjennomført nasjonalt fikk vi i *Sveinbjörnsdottir-saken* (E-9/97).

Her var spørsmålet om avtalepartene gjennom EØS-avtalen hadde påtatt seg en forpliktelse til å erstatte tap som er blitt påført individer som følge av at manglende gjennomføring av EØS-lovgivning. Konkret var spørsmålet om en arbeidstaker kunne benytte seg av et direktiv inntatt i EØS-avtalen, som i motsetning til situasjonen under islandsk lov sikret henne lønn i en viss periode etter at bedriften hun arbeidet for gikk konkurs. EFTA-domstolen konkluderte med at EØS-avtalens homogenitetsmålsetting og målsettingen om at private rettssubjekter skal behandles likt og ha de samme mulighetene i EØS-området tilsier at avtalepartene må holdes ansvarlig hvis manglende gjennomføring av avtalens forpliktelser innebærer økonomisk tap<sup>69</sup>.

Avgjørelsen i *Sveinbjörnsdottir-saken* innebar ikke direkte virkning i den forstand at det manglende gjennomførte direktiv som ledet til tapet i seg selv ga hjemmel for å få utbetalt lønnen hun ikke hadde krav på etter nasjonal lov. Derimot innebar avgjørelsen at EFTA-domstolen så på *traktatbruddet* som et grunnlag for erstatningsplikt.

Domstolen trakk opp tre vilkår som må innfris for at erstatningsplikt foreligger. For det første må staten ha feilet ved gjennomføringen av direktivet i nasjonal rett. For det andre må feilen være tilstrekkelig alvorlig<sup>70</sup>. Til sist må det være årsakssammenheng mellom den manglende/feilaktige gjennomføringen og et økonomisk tap.

I resultatet vil en slik juridisk konstruksjon ofte stille saksøker i en like god økonomisk stilling som hvis direktivet hadde vært gjennomført korrekt, men uten at det man tar i bruk EU-rettens lære om direkte virkning. Med en viss rett kan man derfor kalle ansvaret for et substitutt for den direkte virkningen. På ett vesentlig punkt er likevel rettssubjektene dårligere stilt med en erstatningsordning enn ved direkte virkning; kravet om at EØS-rechtsbruddet må være tilstrekkelig kvalifisert. Hva som skal anses å være tilstrekkelig kvalifisert fulgte av *Karlsson-saken* og ble siden gjentatt i *Ngyen-saken*. Vilkårene er langt på vei sammenfallende med et som er presentert ovenfor om *Brasserie du pêcheur-saken* i pkt. 2.3.1<sup>71</sup>.

I *Karlsson-saken* (E-4/01) fastholdt EFTA-domstolen det synet den hadde inntatt i *Sveinbjörnsdottir-saken*, og avsto med det fra å gå til det skritt å gi uttrykk for at det manglende gjennomførte direktiv i seg selv innebar en hjemmel for saksøker til å kreve erstatning.

### *Norske domstolers syn*

---

<sup>69</sup> E-9/97 Premiss 60: "The Court finds that the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive."

<sup>70</sup> E-9/97, avsnitt 66: "sufficiently serious"

<sup>71</sup> Avsnitt 33 og 34 i E-8/07 (*Ngyuen*) bærer preg av å være nærmest avskrift av premissene 55-57 i C-46 og 48/93 (*Brasserie du pêcheur*) og gir et godt bilde av EFTA-domstolens plikt og vilje til å etterleve ODA-art. 3 nr. 2

At EFTA-domstolen uttaler at det foreligger en erstatningsplikt fra statens side som følge av manglende gjennomføring av EØS-rett er lite verdt hvis denne erstatningsplikten ikke følges opp nasjonalt. EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er uten bindende virkning og utløser ingen tvangsmyndighet i forbindelse med erstatningsutbetalinger.

Det var derfor ingen selvfølge at norske domstoler ville rette seg etter EFTA-domstolens uttalelse om at det kunne knytte seg en statlig erstatningsplikt overfor private rettssubjekter der disse hadde lidd tap som følge av manglende gjennomføring av EØS-rett. Ved høringen til *Sveinbjörnsdottir-saken* hadde Island, Norge, Sverige med tilslutning fra Kommisjonen gitt uttrykk for at en slik erstatningsplikt ikke var i tråd med partenes forutsetninger ved undertegnelsen av avtalen<sup>72</sup>. I følge EFTA-landene var det en vesensforskjell mellom den overnasjonalitet som kunne trekkes ut av EF-traktatene og det som kunne utledes av EØS-avtalen. Særlig gikk Norge langt i å vektlegge dette i sin argumentasjon for EFTA-domstolen i Karlsson saken:

*The principles of direct effect and State liability constitute complementary elements of the supranational Community law, which is absent in the EEA. The Government of Norway maintains that it would be contrary to the expressed views of both the Court of Justice of the European Communities and the EFTA Court to establish a principle of State liability under the EEA Agreement which in its effect is similar to the principle of direct effect.*<sup>73</sup>

Som vist til fra norsk hold hadde også EFTA-domstolen noen år tidligere i Maglite-dommen (E-2/97) vist til at "formålet og anvendelsesområdet for EF-traktaten og EØS-avtalen er forskjellig"<sup>74</sup>.

Det var derfor ikke uten enkelte vektige motargumenter at Høyesterett i den såkalte Finanger-saken (*Rt.2000 s.1811 og Rt. 2005 s.1365*) respekterte EFTA-domstolens innfortolkning av statlig erstatningsansvar i EØS-avtalen.

I 2005 kulminerte en ti år lang rettsprosess gjennom syv runder i rettssalen hvorav tre i Høyesterett med at den da 27 år gamle Veronika Finanger vant frem med et erstatningssøksmål mot staten som følge av manglende gjennomføring av tre motorvognforsikringsdirektiv i norsk rett. Omstendighetene i saken var at Finanger hadde latt seg kjøre med viten om at sjåføren hadde inntatt alkohol. Bilen kjørte av veien som følge av sjåførens alkoholinntak, og Finanger ble 60% medisinsk invalid og 100% ervervsufør som følge ulykken. Daværende bilansvarslov § 7 hadde en bestemmelse som gjorde at Finangers erstatningskrav mot forsikringsselskapet falt bort.

Høyesterett ba om en uttalelse fra EFTA-domstolen (E-1/99) om hvorvidt regelen i bilansvarsloven var i strid med EUs tredje motorvognndirektiv som var inntatt i EØS-avtalen.

Da ingen av direktivenes forbehold var aktuelle i saken kom EFTA-domstolen til at det var motstrid mellom den norske regelen og regelen som fulgte av direktivet, og at EØS-retten dermed ikke var korrekt gjennomført. Høyesterett valgte å legge denne uttalelsen til grunn med

---

<sup>72</sup> E-9/97 Report for the hearing. Avsnitt 52 ff.

<sup>73</sup> E-4/01, report for the hearing, Avsnitt 54

<sup>74</sup> E-2/97 Advisory opinion, Avsnitt 25

henvisning til at de EØS-rettslige forpliktelsene tilsa at domstolens uttalelser må tillegges vesentlig vekt<sup>75</sup>.

Førstvoterende som representerte flertallet (10:5) slo kort fast at forrangsbestemmelsen i EØS-loven ikke kunne gis anvendelse i saken. Denne bestemmelsen var forbeholdt interne kollisjoner i norsk lovgivning og ikke kollisjoner mellom den korrekte forståelse av det opprinnelige direktivet og den feilaktige gjennomføring i norsk rett.

Deretter ble det undersøkt om to tolkningsprinsipper, *presumsjonsprinsippet* og *prinsippet om direktivkonform tolkning* (se nedenfor punkt xx), kunne føre til at direktivet slo i gjennom og at bilansvarslovens § 7 dermed ikke var til hinder for at erstatning kunne gis. Også dette ble avvist av Høyesteretts flertall.

Neste skritt på veien ble erstatningssøksmål mot Staten med grunnlag i det tap Finanger hadde lidt som følge av statens feilaktige gjennomføring av direktivene som hørte inn under EØS-avtalen. I *Sveinbjörnsdottir-saken* hadde EFTA-domstolen slått fast at erstatningsplikt kunne foreligge i saker der EØS-rett var feilaktig gjennomført nasjonalt, nå var spørsmålet om saken oppfylte vilkårene for slik erstatning og om Høyesterett i så tilfelle ville akseptere erstatningsplikten. Konklusjonen ble at et samstemt Høyesterett i plenum mente erstatningsplikten hadde hjemmel i norsk lovgivning, og et flertall (9:4) mente også at erstatning måtte gis i den konkrete saken.

Høyesteretts begrunnelse for erstatningsplikt for tap som følge av manglende gjennomføring var basert på EFTA-domstolens argumentasjon med vektlegging av avtalens formål og system. Det var særlig erklæring nr. 4 i fortalen som ble fremhevet der det heter at:

*[Avtalepartene] tar i betraktning at formålet er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår, som har tilstrekkelige håndhevelsesmidler, også på domstolsplan, og som er oppnådd på grunnlag av likhet og gjensidighet og en samlet balanse av fordeler, rettigheter og forpliktelser for avtalepartene.*

Når så EØS-avtalen var gjort til norsk lov gjennom EØS-loven § 1 fant Høyesterett at også erstatningsansvaret som ligger innbakt i avtalen hadde fulgt med på lasset.

Finanger-sakene tok opp tre sentrale problemstillinger som har fulgt med EØS-avtalen inn i norsk rett. For det første hvilken vekt som skal legges på EFTA-domstolens forståelse av rettsregler som er å anse som norsk rett, men har sitt opphav fra Fellesskapet. Utgangspunktet etter ODA-avtalens artikkel 34 er at EFTA-domstolens uttalelser kun skal anses som rådgivende for norske domstoler. Konklusjonen etter Finanger-saken må likevel være at Høyesterett går langt i å følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-avtalens materielle innhold. Dels begrunner Høyesterett dette med at Norge selv har gått inn for å opprette domstolen med det formål å bidra til rettshomogenitet i EØS-området, og dels begrunner Høyesterett EFTA-domstolens autoritet i norsk rett med den særlige innsikt den har i rettskildebruken i EØS<sup>76</sup>. Med det siste anerkjenner Høyesterett også EØS-retten som en egen rettsorden.

---

<sup>75</sup> Finanger I, (Rt. 2000 s.1811), s 1820

<sup>76</sup> Rt. 2000 s.1811, førstvoterende uttaler på side 1820: *Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende[.]Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen art. 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-*

Den andre problemstillingen saken belyste var avveiningen av hensynet til å gi ikke-gjennomførte folkerettslige forpliktelser effektivt gjennomslag opp mot suverenitetsprinsippet. Avgjørelsen går til kjernen i problemet med å balansere EØS-rettens ambisjon om rettshomogenitet med den forutsetning for avtalen at det tilkommer norske myndigheter å vedta norske lover. For behandlingen i Høyesterett lå forutsetningen om fravær av umiddelbar anvendelighet og direkte virkning klar. Det ble ikke prosedert på om direktivene slik EFTA-domstolen mente de skulle forstås var norsk lov i seg selv og således utledet rettigheter for saksøker. Dette ville da også være å gå lenger enn hva situasjonen under EU-retten tillater for ikke-gjennomførte direktiver i saker der en rettighet for et privat rettssubjekt vil være tilsvarende til ugunst for et annet privat rettssubjekt. Derimot var spørsmålet i *Finanger II* om norsk rett, i likhet med hva islandsk høyesterett hadde gjort noen år tidligere i *Sveinbjörnsdottir*-saken, ville akseptere EFTA-domstolens erstatningsprinsipp som er sterkt beslektet med det som ble utviklet gjennom *Francovich*- og *Brasserie du pêcheur*-sakene fra EU-retten. At Høyesterett kom til at et slikt prinsipp foreligger var ikke overraskende, særlig med tanke på at Staten selv i prosedyren hadde akseptert dets eksistens. Førstvoterende sluttet seg til EFTA-domstolens syn at det ligger er forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen med *den vekt som legges på de grunnleggende hensyn til homogenitet, likebehandling av enkeltpersoner/juridiske personer og beskyttelse av deres virksomheter*<sup>77</sup>. Hensynet til rettshomogenitet bidro altså sterkt til at uskrevet prinsipp om statlig erstatningsansvar ble tillagt avtalen. Erstatningsansvaret går ikke like langt i overnasjonal retning som det en aksept av direkte virkning ville medført; myndighetsoverføring i formell forstand er ikke tilstede. Dessuten stilles det krav om en kvalifisert skyldgrad hos norske myndigheter før erstatning kan innvilges<sup>78</sup>. Erstatningsansvaret vil likevel være en motiverende kraft for å oppfylle avtalens forpliktelser, en slags indirekte tvang til å gjennomføre EØS-lovgivningen samt økonomisk trygghet for de som utleder rettigheter av EØS-rett.

Med det er de mest sentrale formål ivaretatt, og vi kan snakke om direkte virkning i praktisk forstand<sup>79</sup>.

Den tredje sentrale problemstillingen om hvor langt domstolene plikter å gå for å tolke norsk rett i samsvar med de EØS-rettslige forpliktelser tas opp i punktene for EØS-rettens metodiske og rettskildemessige påvirkning av norsk rett

### *3 Rettskildelære og homogenitetsmålsettingen*

EØS-retten kan, som annen internasjonal rett, påvirke norsk rettskildelære. Slik blir den bestemmende for hvordan norske domstoler resonnerer når de tar standpunkt til rettsspørsmål. For å undersøke hvordan dette skjer er det interessant å se ikke bare på hvordan EFTA-domstolens rettskildelære påvirker den norske rettskildelæren, men også hvordan den metode som ligger til grunn for EFTA-domstolens standpunkter oppstår. Det er naturlig å tenke seg at jo lenger EØS-retten går i å påvirke den metoden norske domstoler legger til grunn for løsningen av

---

*avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, bla. for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen."*

<sup>77</sup> Rt. 2005 s.1365, avsnitt 52

<sup>78</sup> Jfr. Rt. 2005, avsnitt 56

<sup>79</sup> Jfr. NOU 2012: 2, side 133



rettsspørsmål, jo lenger vil norsk rett gå i EØS-konform retning og rettsenheten i EØS vil øke.

Når man skal ta stilling til et juridisk spørsmål vurderer man ulike rettskildedefaktorer opp mot hverandre. Denne prosessen er det vanlig å dele inn i tre stadier<sup>80</sup>. For det første hvilke rettskildedefaktorer som skal anses relevante ved løsningen av spørsmålet, for det andre hvilken løsning den enkelte rettskildedefaktor trekker i retning av, og til sist hvilken betydning man skal tillegge hver enkelt rettskildedefaktor målt opp mot andre rettskildedefaktorer. EØS-retten vil kunne ha betydning på alle stadier i denne prosessen.

EØS-rettens rettskildelære som kommer til uttrykk i EFTA-domstolens praksis er svært tett knyttet til EU-domstolens. Dette er en uunngåelig av den grunn at reglene EFTA-domstolen praktiserer har sin opprinnelse i EU, men også i EØS-avtalen selv ligger det en forutsetning om nærhet mellom de to domstoler. EFTA-domstolen plikter å legge vekt på EU-domstolens praksis etter EØS art. 6 og ODA art. 3. Riktignok heter det at denne plikten retter seg mot "relevante rettsavgjørelser som [EU-domstolen] har truffet før undertegningen av denne avtale"<sup>81</sup>, men tidspunktet for undertegningen av avtalen har likevel vist seg å ha liten betydning i praksis. Delvis pga. ODA-avtalens art. 3 som fastslår at EFTA-domstolen har en plikt til å ta "tilbørlig hensyn" til også senere rettspraksis, men kanskje vel så mye pga. homogenitetsmålsettingen selv som ikke ville kunne la seg oppfylle hvis den rettslige utvikling som fant sted innen EU ble sett bort i fra. Arnesen viser til at verken Høyesterett eller EFTA-domstolen synes å ta hensyn til tidspunktet for undertegnelsen<sup>82</sup>.

En plikt til å legge vekt på relevante tolkningsresultater fra EU-domstolen er imidlertid ikke nok om målsettingen om homogenitet i EØS skal oppnås. Til tross for at EU-domstolen befatter seg med langt flere saker enn EFTA-domstolen ligger det i den juridiske natur at rettslige spørsmål vil oppstå i EFTA-delen av EØS som ikke har blitt tatt stilling til av EU-domstolen. Siden EU-domstolen ikke har noen tilsvarende plikt til å rette seg etter EFTA-domstolens praksis blir det en forutsetning for rettshomogenitet at EFTA-domstolen i slike tilfeller retter seg mot EU-retten de lege ferenda<sup>83</sup>. Løsningen blir dermed å anlegge EU-rettens metode i møtet med spørsmål som ikke tidligere har vært oppe for EU-domstolen. Ett eksempel på hvordan dette gjøres i praksis finner vi i *Samuelsson-saken*<sup>84</sup>. Her anlegger EFTA-domstolens EU-rettens metode som kom til uttrykk i *CILFIT-saken*<sup>85</sup> ved å sammenligne de ulike språklige versjoner<sup>86</sup>. I samme sak ser vi videre at EFTA-domstolen benytter seg av samme tolkningsmetode ved fastleggelsen av innholdet i ODA art. 34 som EU-domstolen gjør ved fastleggelsen av tilsvarende bestemmelse i Lisboa-traktatens art. 267 i *Leclerc-Siplec-saken*<sup>87</sup>. En gjennomgang

---

<sup>80</sup> Jfr. Aarbakke, TfR 1965 s. 432 flg og Eckhoff, Rettskildelære kap. 1

<sup>81</sup> EØS art. 6

<sup>82</sup> EØS-rett, Sejersted m.fl, s.224

<sup>83</sup> Jfr. EØS-portalens 15. ledd og ODA-portalens 4. ledd

<sup>84</sup> E-1/95

<sup>85</sup> C-283/81

<sup>86</sup> EU-domstolens foreskrevne metode i premiss 18 harmonerer med EFTA-domstolens metode i premiss 31.

<sup>87</sup> C-412/93

av EFTA-domstolens rettskildebruk i boka EØS-rett<sup>88</sup> tyder på at forfatterne har godt belegg for sin konklusjon når de hevder at EF-domstolens praksis danner det metodiske forbildet for EFTA-domstolen.

### 3.1 EØS-rettens betydning for hvilke argumenter som er relevante for norske domstoler

EØS-retten spiller fortrinnsvis en rolle i bestemmelsen om en rettskildefaktor skal anses relevant i saker der det benyttes regler som springer ut av eller hører til EØS-avtalen, dvs. saker som reiser EØS-rettslige spørsmål. Med anerkjennelsen av EØS-retten som et eget rettssystem følger implisitt at EØS-retten har sin egen rettskildelære. Som vi så av Finanger-saken tillegges EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten *vesentlig vekt* når den norske forståelsen av avtalens forpliktelser skal fastlegges. Enda mer lydhør er Høyesterett overfor EU-domstolens oppfatning av gjeldende EØS-rett. Til nå har det ikke forekommet at Høyesterett har gitt uttrykk for noen selvstendig oppfatning av holdbarheten til EU-domstolens standpunkt<sup>89</sup>. Den blir ganske enkelt lagt til grunn som autorativ. Av dette blir den naturlige følgen at EU-domstolens rettskildelære blir avgjørende i norske domstolars møte med EØS-rettslige spørsmål. Dermed må også EU-domstolens vurdering av hvilke faktorer som er relevante i fastleggelsen av EØS-retten i stor grad bli bestemmende i norsk rett. Enklest kan man nok finne frem til hvilke faktorer som er relevante ved å stille spørsmål om hvilke som kan utelukkes.

En typisk faktor norske domstoler må se bort i fra er EU-lovgivning eller dommer på ikke-autoritative språk. Alle EUs medlemsstaters språklige versjoner er likestilte<sup>90</sup>. I en uoverensstemmelse mellom en EU-språklig versjon av en bestemmelse og en norsk oversettelse, er det naturligvis EU-versjonen det skal tas hensyn til når man skal finne frem til regelen.

EØS-retten kan stille hjemmelskrav til nasjonal lovgivning og med det utelukke enkelte rettskildefaktorer. Et eksempel som nevnes av Arnesen og Stenvik er EØS art. 33 som fastsetter at bestemmelsene om etableringsrett kun kan fravikes på visse vilkår dersom det er fastsatt ved lov eller forskrift<sup>91</sup>. Dette betyr at for eksempel administrativ praksis som bryter med etableringsretten må ses bort i fra.

Til sist må det utvises større forsiktighet i forhold til den vekt som legges på forarbeidene som rettskilde til EU/EØS-lovgivning enn det som normalt er norsk praksis. Dette gjelder for traktater generelt at forarbeidene er en mindre relevant rettskildefaktor enn det som normalt følger av den norske rettskildelære<sup>92</sup>. Hva gjelder EØS-lovgivning vil dette særlig gjøre seg gjeldende

---

<sup>88</sup> Sejersted m.fl. EØS-rett, kapittel 13

<sup>89</sup> Fredriksen, EU/EØS-rett i norske domstoler, side 80

<sup>90</sup> Jfr. C-283/81, CILFIT premiss 18: "Der skal først og fremmest tages hensyn til den omstendighed, at de EF-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle sproglige versioner er autentiske"

<sup>91</sup> Internasjonalisering og juridisk metode, side 54

<sup>92</sup> Jfr. Fleischer, Folkerett s. 48. Se også Arnesen, Introduksjon til rettskildelæren i EF, side 14

for forarbeider som hører til EØS-avtalens hoveddel der uttalelsene sjelden vil gi uttrykk for forhandlingspartenes samlede vurdering av hvordan bestemmelsene er å forstå<sup>93</sup>.

En helhetlig gjennomgang av EU/EØS-rettens tolkningslære ligger utenfor temaets rammer.

### 3.2 EØS-rettens påvirkning av hvilke regler norske domstoler utleder fra rettskildefaktorene

Rettskildefaktorer kan relatere seg til EØS-retten i ulik grad etter hvilken opprinnelse de har. Når det gjelder norske lovbestemmelser som er en gjengivelse av forordninger eller bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel vil EØS-rettens egen forståelse av hva som skal leses ut av disse være av stor betydning. Til tross for at Høyesterett ikke står i noe formelt underordningsforhold verken i forhold til EFTA-domstolen eller EU-domstolen går Norges øverste domsmyndighet svært langt i å akseptere disse to domstolars definisjon av gjeldende EØS-rett.

Av i alt 29 saker der norske domstoler har spurt EFTA-domstolen til råds har Halvard Haukeland Fredriksen kun funnet ett tilfelle der det kanskje kan stilles spørsmål ved etterlevelsen av EFTA-domstolens retningslinjer<sup>94</sup>. I et flertall av sakene (15) synes EFTA-domstolens uttalelse til og med å være siste ordet i saken<sup>95</sup>.

Hvis ønsket er å finne frem til hva lovgiver har ment med bestemmelsen ville det gi liten mening å tolke et element i lovgivningen som har kommet i stand uavhengig av norsk påvirkning, etter en rettskildelære som tar utgangspunkt i den norske konstitusjonen<sup>96</sup>. Dette endrer likevel ikke det faktum at elementet nå formelt hører til det norske rettssystem<sup>97</sup>.

Noe annerledes vil det stille seg for bestemmelser som tar sikte på å gjennomføre direktiver i norsk rett. Her har norske lovgivere spilt en aktiv rolle i å utforme bestemmelsene både språklig og systematisk slik de kommer til uttrykk i norsk lovgivning<sup>98</sup>. Hvis ønsket er å finne frem til hva som menes med en lovtekst blir et naturlig utgangspunkt å lese bestemmelsen med en lojal innstilling til hva lovgiver kan ha ment<sup>99</sup>. Når bestemmelser har blitt utformet til å passe systematisk med øvrig nasjonal lovgivning vil utgangspunktet være lovgivers egen rettskultur med de begreper og den systematikk dette innebærer. Likevel er det ikke til å komme fra at lovgivers formål vil være å oppfylle direktivets innhold. Siden direktivet har sin opprinnelse i EU-retten vil derfor EU-domstolens betraktninger av hvilke krav direktivet stiller være avgjørende

---

<sup>93</sup> Jfr. Arnesen, Sejersted m.fl. EØS-rett s. 233

<sup>94</sup> EU/EØS-rett i norske domstoler, side 90 – E-3/06 (Ladbrokes-saken)

<sup>95</sup> EU/EØS-rett i norske domstoler, side 89

<sup>96</sup> På side 228 i Sejersted m.fl. EØS-rett, brukes uttrykket "arbeidstager" som eksempel og det fremheves at et slikt begrep ikke nødvendigvis vil innebære det samme i EØS art.28 og øvrige norske lovbestemmelser. Mer om dette i samme bok på s. 202-203. Se også C-283/82 (CILFIT) premiss 19.

<sup>97</sup> Jfr. andrevoterendes uttalelse i Rt.2000 s. 1811 (Finanger I) på side 1837.

<sup>98</sup> Jfr. Arnesen, Sejersted m.fl. EØS-rett side 231 og NOU 2012: 2 side 123.

<sup>99</sup> Jfr. Eckhoff, rettskildelære side 152.

når man skal fastlegge dets innhold. Bestemmelser som tar sikte på å gjennomføre direktiver i norsk rett må derfor leses som norsk lovgivning, men med en bevissthet i forhold til lovgivers intensjon som vil være en lojal oppfyllelse den rett som fastlegges av EU-domstolen.

### 3.2.1 Hvem fastlegger EØS-avtalens innhold?

Som vi har sett gjennomføres EØS-forpliktelsene fortløpende i norsk rett ettersom de legges til avtalen og blir med det del av vår nasjonale rettsorden. Etter grunnlovens § 88 er Høyesterett den eneste domsmyndighet med kompetanse til å fastlegge gjeldende rett i den norske rettsorden. Formelt er det dermed Høyesterett gjennom sin praksis som med bindende virkning avgjør tolkningen av (den gjennomførte) EØS-retten i Norge. Likevel har vi sett at norske domstoler nesten uten unntak legger EFTA-domstolens fortolkning av EØS-retten til grunn i sine avgjørelser, og EFTA-domstolen på sin side er instruert til å legge vekt på og ta tilbørlig hensyn til både gammel og ny praksis fra EU-domstolen<sup>100</sup>. Det er derfor betimelig å stille spørsmålet om hvem det egentlig er som avgjør tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser.

Ønsker man å undersøke hvordan tolkningen av EØS-retten foregår er det viktig å være bevisst på de ulike perspektiver. For norske domstoler vil tolkningsobjektet være EØS-avtalen slik den er gjennomført, mens for EFTA-domstolen vil det være avtalen som sådan<sup>101</sup>. Ettersom forsøket i forhandlingene på å opprette en særskilt EØS-domstol med bindende virkning for både EU og EFTA-landene strandet, vil de ulike rettssystemene alle være kompetente til å tolke EØS-retten "innad"<sup>102</sup>.

Med fraværet av én domstol som kan fastlegge EØS-rettens innhold med bindende virkning for samtlige avtaleparter utfordres målsettingen i EØS art 1 om "å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde" med "like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler". Å finne fram til den riktige tolkningsmetoden å anvende på EØS-retten er med andre ord i kjernen av spørsmålet om homogenitet. At det ikke finnes én domstol som kan fastlegge EØS-rettens innhold for alle avtaleparter trenger ikke bety at det ikke finnes én riktig løsning på hva som er den korrekte EØS-rettsregelen.

Hvis det er slik at graden av rettshomogenitet i EØS beror på domstolenes evne til å tolke retten på samme måte synes det å være en logisk slutning fra Halvard Haukeland Fredriksens side når han mener den korrekte tolkningslære i EØS-retten må "ta utgangspunkt i en realistisk vurdering av hvem som rent faktisk avgjør tolkningen av avtalen". Altså vil graden de ulike "rettssentra" retter seg etter hverandre avgjøre hvor langt homogenitetsmålsettingen rekker<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> EØS art. 6 og ODA art 3

<sup>101</sup> Jfr. Arnesen, Statlig styring og EØS-rettslige skranker, s.19-20.

<sup>102</sup> Jfr. Sejersted mfl., EØS-rett s. 156

<sup>103</sup> Haukeland Fredriksen presenterer i TfR 2010 s.247-287 noen sentrale bidrag i debatten i tillegg yte et bidrag selv. For at det skal kunne la seg gjøre å oppstille en enhetlig tolkningslære forutsettes det at det kun finnes ett riktig svar på spørsmålet om hvilket innhold en EØS-regel har jfr. Rognstad TfR 2001 s.435 og Haukeland Fredriksen TfR 2010 s.250

Hvis man starter med å se på den innflytelse EFTA-statenes nasjonale domstoler har i fastlegging av EØS-reglenes innhold som EØS rett kan man merke seg 4. ledd i fortalen til EØS-avtalen. Der er formål som likhet og gjensidighet mellom avtalepartene fremhevet. Ser man så på EØS art. 106 der de nasjonale domstoler inkluderes på lik linje med EFTA- og EU-domstolen i utvekslingen av opplysninger og dommer til å sikre en lik fortolkning av avtalen, skulle man tro Høyesterett bidrag til fastlegging av EØS-retten som sådan ikke var av uvesentlig karakter. Det grunnleggende hensynet til homogenitet gjør seg imidlertid sterkt gjeldende mot å tillegge nasjonale domstolars tolkningsresultater særlig rettskildemessig vekt. Rognstad skriver at "med utgangspunkt i et monosentrisk og domstolorientert rettskildesyn kan innholdet av en folkerettslig forpliktelse vanskelig bestemmes ut fra rettsanvendelsen til de enkelte traktatparters interne domstoler"<sup>104</sup> og Haukeland Fredriksen følger opp med at "[det] er liten grunn til å anta at verken EFTA- eller EU-domstolen vil ta nevneverdig notis av hva Høyesterett måtte mene[...]"<sup>105</sup>. Også Høyesterett på sin side ser etter uttalelsen i den såkalte spilleautomatsaken<sup>106</sup> ut til å ha akseptert et underordningsforhold i forhold til EFTA-domstolen hva gjelder tolkning av avtalen<sup>107</sup>. Det synes i det hele tatt naturlig å konkludere med at Høyesteretts rolle som autorativ fortolker av EØS-rett er temmelig ubetydelig overfor EFTA-domstolen. Etter EU-traktatens art. 19, som gir EU-domstolen enekompetanse til å tolke EU-retten med bindende virkning, følger det at Høyesteretts rolle i fastleggingen av EØS-retten i EU i alle fall ikke har noen formell forankring og dermed evt. må begrense seg til den holdbarhet argumentasjonen kan sies å ha som en hvilken som helst rettsoppfatning.

Hvis man så vender blikket mot EFTA-domstolens innflytelse over EØS-rettens øvrige fortolkningsorganer kan man starte med å konstatere at EU-traktatens art. 19 vil ha samme virkninger overfor EFTA-domstolen som overfor nasjonale domstoler. Allerede her er utelukket EFTA-domstolen som autorativ fortolker av EØS-retten i EU-delen av samarbeidet. Fullstendig uten betydning for EU-pilaren av samarbeidet er EFTA-domstolen likevel ikke idet EFTA-domstolens praksis har blitt vist til som relevant rettskilde<sup>108</sup> og Haukeland Fredriksen mener til og med å ha funnet grunnlag for at EU-domstolen skal ha endret sitt standpunkt etter EFTA-domstolens innefortolkning av statlig erstatningsplikt i EØS-avtalen<sup>109</sup>. Langt sterkere er EFTA-domstolen stilling som EØS-fortolker i forhold til EFTA-landenes nasjonale domstoler. Det er allerede vist til under punkt 3.1 at domstolens rådgivende uttalelser nærmest uten unntak blir lagt til grunn som den riktige fortolkningen i norsk rett, men enda tydeligere kommer EFTA-

---

<sup>104</sup> Rognstad, TfR 2001 s.438

<sup>105</sup> Haukeland Fredriksen, TfR 2010 s. 284

<sup>106</sup> Rt.2005 s.1598 avsnitt 7

<sup>107</sup> Jfr. Lorange Backer, Jussens Venner 2006 s. 260

<sup>108</sup> Det kan vises til Boehlinger Ingelheim-saken (c-348/04) der EF-domstolen på spørsmål fra engelske Court of Appeal tok stilling til om EFTA-domstolens fortolkning av varemerkedirektivet var riktig. Også i Kommisjonens søksmål mot Danmark (c-192/01) ble det vist til EFTA-domstolens avgjørelse i E-3/00 (Kellogg's) som grunnlag for søksmålet. Mer om dette i Haukeland Fredriksen TfR 2009 s.559.

<sup>109</sup> Haukeland Fredriksen TfR 2010 s.274 - særlig under note 110.

domstolenes rolle som EØS-fortolker fram av det faktum at dommer i traktatbruddssaker er *bindende* for EFTA-statene etter ODA art 33. Det logiske resultat av at en domstol kan treffe en bindende avgjørelse må være at domstolen er gitt kompetanse til å være den "riktige" rettsfortolker overfor det subjekt den bindende avgjørelsen retter seg mot. En aksept av EFTA-domstolen som den autoritative fortolker av EØS-rett som sådan i EFTA-delen av samarbeidet innebærer at man må kaste vrak på tanken om ett rettssentrum i EØS-retten. EU-domstolen vil jo i alle tilfelle være den kompetente EØS-fortolker i EU jfr EU-traktatens art 19. Betyr dette også at ideen om én tolkningslære i EØS-retten er en illusjon?

Selv om det er slik at EFTA-domstolen kan fatte bindende avgjørelser i traktatbruddssaker må man være oppmerksom på at disse kun kan rette seg mot staten. For borgerne vil tolkningsobjektet være EØS-rett som nasjonal rett og i et slikt tilfelle har ikke EFTA-domstolen rollen som autorativ fortolker. Haukeland Fredriksen tar dette til inntekt for at det vil være galt å definere EFTA-domstolen som en autorativ domstol i EFTA-delen av EØS<sup>110</sup>. Aksepterer man dette syn står man igjen med kun én mulig autorativ fortolker av EØS-retten; EU-domstolen. Men også her vil man støte på det samme prinsipielle problem med at det vil være en konstitusjonell umulighet å tillegge EU-domstolens avgjørelser bindende virkning overfor EFTA-statenes borgere innenfor legalitetsprinsippets grenser. Resultatet må bli at i en søken etter den korrekte tolkningslære må man må vinke farvel til rettsprinsippene og i stedet stille seg spørsmålet om hvem som foretar tolkningen i praksis.

At Høyesterett har utvist stor lojalitet til EFTA-domstolen er allerede på det rene, men hvem ville Høyesterett vendt seg mot i en tolkningsdivergens mellom EU- og EFTA-domstolen? Et svar kan kanskje søkes i førstvoterendes drøfting i Finanger I-saken der man sitter igjen med et inntrykk av at han i valget mellom ulike tolkninger av domstolene ville fulgt EU-domstolen<sup>111</sup>. Ser man så dette i lyset av EØS art. 6 og plikten til å rette seg etter EU-domstolens avgjørelser (riktignok pre EØS-inngåelsen) synes tyngdepunktet å ligge ubønhørlig på EU-domstolens side. Så har da også EFTA-domstolen selv syntes å ha innsett en underlegen fortolkningsstilling vis-a-vis sin storebror<sup>112</sup> i Luxemburg.

I L'Oréal-saken valgte EFTA-domstolen å fravike sin tidligere avgjørelse i Maglite-saken (E-2/97) med henvisning til at EU-domstolen i Silhouette-saken (C-355/96) i mellomtiden hadde fortolket varemerkedirektivets artikkel 7 på en annen måte. Selv om EFTA-domstolen i Maglite-saken hadde begrunnet sin fortolkning med særtrekk i EØS-avtalen<sup>113</sup> fant domstolen i L'Oréal-saken homogenitetshensynet så tyngende at EU-domstolens fortolkning måtte slå igjennom.

Det synes med dette klart at det er EU-domstolen som innehar den klart dominere stilling når EØS-rettens innhold skal fastlegges. Like klart er det imidlertid ikke at samme domstols tolkningslære ukritisk kan legges til grunn som den riktige i enhver EØS-sammenheng. Noe rettslig grunnlag for en

---

<sup>110</sup> Haukeland Fredriksen TfR 2010 s. 271

<sup>111</sup> Rt. 2000 s.1811, særlig s. 1825

<sup>112</sup> Sejersted bruker betegnelsen lillebror om EFTA-domstolens forhold til EU-domstolen, side 159.

<sup>113</sup> Maglite-saken, E-2/97, premissene 25-28

autoritativ posisjon kan den i alle fall ikke sies å ha av EØS- og ODA-avtalen alene, domstolen representerer jo kun én av avtalens parter. Likevel taler praksis sitt tydelige språk, det er EU-domstolen som har hatt det siste ord i fastleggingen av reglenes innhold<sup>114</sup>. Ikke desto mindre synes det klart at hensynet til homogenitet en gang må møte en grense – det er et ubestridelig faktum at målet med EØS-avtalen er et annet enn EUs, og at særegenheter i avtalen er tatt inn som følge av dette. Til nå er inntrykket at tolkningen har foregått temmelig harmonisk mellom partene, og politiske konflikter som følge av at EFTA-pilaren har funnet det nødvendig å sette foten ned overfor EU har ikke forekommet i særlig monn<sup>115</sup>. De begrensninger i rettshomogeniteten særegenhetene i EØS-avtalen fremtvinger synes det å være EU-domstolen selv som har gjort rede for<sup>116</sup>. Det er derfor vanskelig å være uenig med Fredriksen når han konkluderer med at det for alle praktiske formål er treffende å utrope EU-domstolen som den autorative fortolker av gjeldende EØS-rett<sup>117</sup>.

### 3.3 Hvilken vekt tillegges EØS-regelen på bekostning av nasjonale rettskildefaktorer?

Når slutningsstadiet er passert og EØS-regelen er ferdig tolket blir spørsmålet som må besvares hvilken regel som kan utledes alle faktorer tatt i betraktning. EØS-regelen må måles opp mot de øvrige rettskilder som kan være bestemmende i å komme fram til den nasjonale rettsregelen. I møtet med spesifikt norske rettskildefaktorer vil graden av gjennomslag EØS-regelen får bero på hvor langt Høyesterett synes å mene at plikten til lojal etterlevelse av avtalen går etter den norske rettskildelære. Det er altså norsk rett det er snakk om, men på EØS-rettens område.

Det går en glidende overgang mellom den situasjon man står overfor når man veier regelen som er utledet fra EØS-rett opp mot spesifikt norske rettskildefaktorer for å komme fram til en nasjonal regel, med den situasjon at en regel som følger av EØS-retten kolliderer med en regel av nasjonal opprinnelse.<sup>118</sup> I begge tilfeller vil man kunne stå overfor interessenmotsetninger mellom ulike rettskildefaktorer, men for motstridstilfellene er denne motsetningen så stor at man må velge én regel og utelukke en annen siden de ikke lar seg forene. Målet er likevel det samme; man ønsker å komme fram til én regel som er gyldig i norsk rett. Metoden man benytter seg av for komme fram til én endelig regel vil imidlertid være annerledes i de to situasjoner.

Internasjonal rett er på sett og vis statlig avtalerett. Det sentrale avtalerettslige prinsipp om at den som har inngått en avtale skal overholde dens forpliktelser gjør seg også gjeldende når avtalepartene er suverene stater. Kelsen omtaler

---

<sup>114</sup> Jfr Sejersted mfl. EØS-rett, side 159 og Haukeland Fredriksen TfR 2010 side 285

<sup>115</sup> Se f.eks NOU 2012: 2 side 201 ff

<sup>116</sup> Se Kommisjonen mot Italia, C-540/07

<sup>117</sup> Haukeland Fredriksen TfR 2010, side 285

<sup>118</sup> Eckhoff, Rettskildelære s. 316. Også Arnesen og Stenvik, Int. og juridisk metode, side 71

dette prinsippet som den av folkerettens normer med "special importance"<sup>119</sup>. Dette standpunktet kritiseres av Fleischer som peker på at det også finnes folkerett som anses som bindende uten at noe samtykke er påkrevd.<sup>120</sup> Uansett vil en forutsetning om lojal gjennomføring av den avtale man har inngått være det nødvendige og logiske resultat av å forplikte seg. I EØS-avtalen selv er dette hensynet nedfelt i avtalens art. 3: Norge som avtalepart skal foreta seg det som er nødvendig for å oppfylle avtalens innhold og avstå fra å foreta handlinger som setter gjennomføringen av avtalens innhold i fare. Mens lojalitetsplikten bærer preg av å være en programerklæring og kan sies å være noe av en selvfølgelighet, leder den ut i det mer praktiske presumsjonsprinsippet som er en tolkningsnorm som brukes til å harmonisere rettskilder av nasjonal opprinnelse med regelen som følger av internasjonal rett, herunder EØS-rett.

Presumsjonsprinsippet er ett av flere prinsipper som norske domstoler benytter seg av for å finne frem til én nasjonal regel som er i overensstemmelse med hva både internasjonal og nasjonal rettskildelære tillater. Torstein Eckhoff kaller det å gå veien om den hypotetiske lovgivervilje<sup>121</sup>. Dets eksistens tar utgangspunkt i en presumsjon om at staten har forpliktet seg til å gjennomføre den internasjonale regelen av eget ønske. Hvis man i intern rett står overfor flere tolkningsalternativ som alle fremstår som sannsynlige utslag av lovgiverviljen, skal man velge det alternativ som er best i overensstemmelse med den internasjonale regelen. Slik vil man kunne få et resultat som er akseptabelt sett fra både norsk og internasjonal retts perspektiv. Presumsjonsprinsippet fungerer dermed som en avveiningsnorm som kan bidra til å øke EØS-rettens innflytelse i Norge ved at man vekter det tolkningsalternativ som stemmer best med EØS-regelen tyngre enn alternativer som stemmer dårligere. Presumsjonsprinsippet tar dermed utgangspunkt i det nasjonale rettssystemet. Man benytter seg av en internasjonal regel til å finne fram til det man antar er den riktige forståelsen av nasjonal rett. Rent teoretisk verken endrer eller justerer man den nasjonale regelen; man fastsetter den ved hjelp av den internasjonale regelen. Analytisk må man derfor skille dette prinsippet fra det EU-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning som for de fleste praktiske tilfeller vil resultere i den samme regelen. Her tar man utgangspunkt i at EU-rettens system forplikter de nasjonale domstoler til å fortolke den nasjonale lovgivningen, som tar sikte på å gjennomføre et direktiv, i overensstemmelse med de krav EU-retten stiller<sup>122</sup>. Man anlegger med det et annet perspektiv enn

---

<sup>119</sup> Kelsen, Pure theory of Law (Rheine Rechtslehre), engelsk oversettelse ved Max Knight 1978, side 323

<sup>120</sup> Fleischer, Folkerett s. 20

<sup>121</sup> Rettskildelære side 317

<sup>122</sup> C-14/83, Van Colson and Kamann v Land Nordrhein Westfalen, premiss 26: *"However, the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of a national law specifically introduced in order to implement Directive No 76/207, national courts are required to interpret*



under presumsjonsprinsippet, ved at det ikke er av hensyn til den interne retten selv at et bestemt tolkningsalternativ foretrekkes, men av hensyn til EU-retten. Årsaken til at denne plikten i EU kun omhandler direktiver er at annen EU-lovgivning er underlagt umiddelbar anvendelighet og direkte virkning, slik at disse allerede er å betrakte som intern rett. Det er fra EUs perspektiv altså ikke noe behov for uttrykkelige tolkningsnormer utover EU-domstolens praksis.

Det kan tenkes at det for EFTA-landene følger et lignende krav til EØS-konform tolkning gjennom lojalitetsplikten som kommer til uttrykk i hhv. EØS-avtalens art. 3 og 7. Dette ble blant annet vurdert i Finanger I-saken. Etter en presentasjon av prinsippet om direktivkonform tolkning, la Høyesterett til grunn at det alminnelige presumsjonsprinsippet med forankring i EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav som "gjør seg gjeldende med *særlig styrke* når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten"<sup>123</sup>. Konklusjonen ble da også at presumsjonsprinsippet i den aktuelle saken var like vidtgående som det som ville fulgt av et prinsipp om EØS-konform tolkning tilsvarende det man finner i EU-retten. Ut fra Høyesteretts måte å formulere seg på kan man tenke seg at et slikt prinsipp eksisterer, men dets eksistens vil være uten praktisk betydning siden det vil være konsumert av det alminnelige presumsjonsprinsippet som har særlig styrke på EØS-rettens område. Hvorvidt prinsippet eksisterer eller ikke, er likevel for alle praktiske formål underordnet det inntrykk man sitter igjen med som innebærer at norsk rettskildelære allerede har de instrumenter som kreves for å tillegge den internasjonale regelen tilstrekkelig vekt til å få gjennomslag i møte med nasjonale rettskildefaktorer, som kan tilsi en annen regel som ikke står i åpenbar motstrid<sup>124</sup>.

Hvis vi står overfor motstrid av en slik karakter at en nasjonal bestemmelse ikke ville ha noen (språklig) mening om den ble tolket i samsvar med en regel som gjennomfører EØS-rett, står vi utenfor det området hvor presumsjonsprinsippet kan avklare situasjonen<sup>125</sup>. En slik situasjon må løses etter kollisjonsnormer og ikke tolkningsnormer.

Et omstridt punkt ved EØS-forhandlingene i 1990-92 var hvordan en motstridssituasjon skulle håndteres på nasjonalt plan hvis en EØS-regel ble funnet å være uforenelig med en nasjonal regel. EU anførte at det eneste som kunne sikre rettshomogeniteten var at situasjonen ble løst som under EU-retten med tilnærmet total forrang for EØS-regelen med de mindre unntak som gjelder for direktiver. For EFTA-landene ville en slik løsning bryte med en forutsetning for avtalen om at lovgivningssuverenitet ikke skulle overføres<sup>126</sup>. Det endelige resultatet kan karakteriseres som en formell seier for EFTA-delen av EØS og en praktisk seier for EU-delen. Kompromisset kommer til uttrykk i avtalens protokoll 35, og er lovfestet i norsk rett gjennom EØS-lovens § 2 som sier at

---

*their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189."*

<sup>123</sup> Rt. 2000 s.1811 Finanger I, s. 1831

<sup>124</sup> Se f.eks Eckhoff, Rettskildelære side 301. Også Arnesen og Graver, Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, Rapportserie nr.19 til NOU 2003: 19, avsnitt 2.2.4.3

<sup>125</sup> Jfr Arnesen og Stenvik, Int. og juridisk metode side 60

<sup>126</sup> Kort gjennomgang av bakgrunnen for forrangsbestemmelsen i NOU 2012:2 s.131

bestemmelser i lov eller forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen skal gå foran andre bestemmelser som regulerer tilsvarende forhold. Dette innebærer ikke bare at bestemmelser i formell lov som gjennomfører EØS-rett som utgangspunkt skal gå foran andre bestemmelser i formell lov, men kan også ha det mer oppsiktsvekkende utfall at en forskriftsbestemmelse som gjennomfører EØS-rett kan gå foran en bestemmelse av lovs rang. Med begrepet *tjener til å oppfylle Norges forpliktelser* inkluderes også bestemmelser i lovgivningen som er gitt uten tanke på EØS-samarbeidet, men som sørger for regler i overenstemmelse med EØS-retten. Med en slik bestemmelse ligger det nær å tenke seg at problemet med motstrid mellom nasjonale regler og EØS-rett har funnet sin endelige løsning i EØS-rettens favør. Så enkelt er det imidlertid ikke. For det første settes bestemmelsen bare i aktualitet når det er snakk om EØS-rett som er gjennomført i norsk lovgivning. For forpliktelser etter avtalen som ikke er gjennomført eller er gjennomført feil som i *Finanger-saken*, vil ikke bestemmelsen ha betydning. Dessuten er den overflødig i en kollisjonssituasjon mellom en bestemmelse som gjennomfører EØS-rett og en eldre nasjonal bestemmelse av samme rang. Her vil jo utgangspunktet være at *lex posterior-prinsippet* sørger for EØS-regelens gjennomslag. Noen overføring av lovgivningsmyndighet medfører bestemmelsen heller ikke. Stortingets grunnlovsgitte kompetanse til å gi lover forrykkes ikke av en bestemmelse i formell lov<sup>127</sup>. At EØS-lovens § 2 ikke skal forstås som noen innskrenkning av Stortingets lovgivningskompetanse sies dessuten i lovens forarbeider<sup>128</sup>. Dermed er det ikke noe i formelt veien for at Stortinget kan gi lover som står i direkte motstrid med en EØS-rettslig regel. Kommer Høyesterett til at det har vært lovgivers intensjon at rettstilstanden skal være en annen enn det som følger av EØS-avtalen må dette respekteres. At en slik situasjon vil være vanskelig å tenke seg, samt innebære traktatbrudd hører til en annen diskusjon. Å kalle bestemmelsen en *forrangsbestemmelse* kan derfor karakteriseres som noe misvisende, om ikke annet kan man argumentere for at betegnelsen fører med seg en logisk brist.

Tilbake står vi med de tilfeller der lovgiver av uvitenhet eller uoppmerksomhet har gitt bestemmelser i strid med allerede gjennomførte EØS-forpliktelser. For en slik situasjon vil EØS-loven § 2 kunne spille en avgjørende rolle. Men også her vil vi kunne se at å betegne § 2 som kollisjonsnorm vil være misvisende. Har lovgiver vedtatt en bestemmelse som strider mot gjennomført EØS-rett ved et bevisst valg, må en kunne anta at den samme lovgiver har kjent til bestemmelsen i § 2. Unnlater lovgiver å tilkjenne sin oppmerksomhet på problemet som oppstår ved en motstridssituasjon vil det være naturlig å slutte at lovgiver ikke har ment å gi en bestemmelse i strid med EØS-retten. I slike tilfeller kan det være riktigere å karakterisere forrangsbestemmelsen som et instrument i en tolkningsprosess for å klarlegge lovgivers intensjon med den EØS-rettsstridige bestemmelse. EØS-loven § 2 kan derfor være et viktig argument for å sette til side regler som strider mot EØS-rett som ikke er gitt med eksplisitt kjennskap til kollisjonen. Kommer man til at lovgiver ikke har ment å utforme en regel i strid

---

<sup>127</sup> Eckhoff, Rettskildelære s. 350 om *lex superior-prinsippet* og forholdet mellom kompetanseregler og regler gitt i medhold av dem.

<sup>128</sup> Ot.prp nr. 79 (1991-92) s.5:

med gjennomført EØS-rett har vi sett at konflikten kan løses ad tolkningsvei ved bruk av for eksempel presumsjonsprinsippet.

For ikke-gjennomførte EØS-regler i motstrid med nasjonale regler vises det til avsnitt 2.3 om direkte virkning.

#### 4 Avslutning

Siktemålet med EØS er å opprette ett felles økonomisk marked mellom EU og EFTA-landene. Selv om disse to pilarene har en felles målsetting er motivasjonen for samarbeidet til dels ulik. EUs opprettelse ble fra starten i stor grad motivert av en tanke om at økonomisk samarbeid kunne fremme politisk og sosial integrasjon, og således umuliggjøre den type mellomstatlige konflikter som preget Europa i første halvdel av forrige århundre<sup>129</sup>. EUs økonomiske samarbeid kan altså ses som et virkemiddel for å nå et større mål. For EFTA-landene var ønsket om et felles økonomisk marked motivasjonen i seg selv<sup>130</sup>. De politiske hensyn som i EU talte for overføring av suverenitet og konstitusjonell kompetanse til et rettslig fellesskap gjorde seg med andre ord i langt mindre grad gjeldende for EFTA-landene som på sin side så det som en forutsetning for samarbeidet at lovgivningsmyndigheten skulle forbli hos de organer som utleder sin kompetanse fra nasjonal grunnlov. Under denne forutsetning ble da også avtalen om EØS inngått.

Overføring av konstitusjonell kompetanse er i EU det sentrale virkemiddelet for å sikre rettslig ensartethet. Når dette utelates fra EØS-samarbeidet innebærer det utfordringer for rettshomogeniteten som må søkes opprettholdt på annet vis. Disse utfordringene mener jeg å kunne dele opp i to hovedkategorier. For det første, de utfordringer som relaterer seg til hvordan fellesskapsretten får innpass og virkning i de to pilarene. For det andre, de utfordringer som relaterer seg til hvordan reglenes innhold blir fastlagt.

Utfordringene som knytter seg til den første kategorien løses i stor grad ved at EØS-retten gjennomføres nasjonalt. EØS-rettsreglene må med andre ord gjøres til nasjonale rettsregler. Rent praktisk løses dette i stor grad ved at man sørger for at norsk lovgivning harmoniserer med de forpliktelser som følger av EØS-avtalen. Dette gjøres ved at det vedtas bestemmelser som tilføyes lovverket, ved at bestemmelser som strider mot EØS-forpliktelser oppheves, eller ved det konstateres at EØS-rettsreglene allerede følger av nasjonal rett. Inntrykket er at Norge er blant de statene som mest lojalt gjennomfører sine avtaleforpliktelser i hele EU/EØS-området<sup>131</sup>.

Lojalitet synes i det hele tatt å være selve nøkkelordet i beskrivelsen av hvordan rettshomogenitet i EØS kan opprettholdes. Der EU-institusjonene i stor grad har

---

<sup>129</sup> Se f.eks Craig and De Búrca, kapittel 1, "European integration: Background"

<sup>130</sup> Sejersted m.fl, EØS-rett side 86. Se likevel også Børde i "The European Economic Area, Norway and the European Union: Achievements, Possibilities and Limitations" som peker på at ideen om EØS ble "conceived and developed during the Cold War" og fremhever en viss geo-politisk tilnærming også til EØS-samarbeidet.

<sup>131</sup> Se NOU 2012 : 2 side 124-125

kompetanse til å sette makt bak kravene overfor medlemsstatene slik at retten får virkning, står EØS-institusjonene tilbake med retten til å ta ut tiltale og dømme EFTA-statene for traktatbrudd noe som formelt kun leder inn på forhandlinger om en politisk løsning av den rettslige ulikheten som har oppstått. Det er særlig EØS-rettens manglende evne til å komme umiddelbart til anvendelse og få virkninger i nasjonal rett uten at gjennomføringstiltak er påkrevet som bidrar til å synliggjøre den sentrale rolle lojalitet mellom avtalepartene spiller i EØS-sammenheng. EU-retten er i stor grad anvendelig i EU-statene bare i kraft av dens eksistens, mens rettssubjektene i EFTA-statene må stole på at retten gjennomføres. Der borgerne i EU kan rette søksmål direkte for EU-domstolen ved krenkelser av EU-retten, må private rettssubjekter i EFTA-statene forholde seg til nasjonale domstolars praksis som typisk vil komme til uttrykk i det ønske om lojal tilnærming til fellesskapsretten domstolene mener å kunne spore hos nasjonale lovgivere<sup>132</sup>. Likevel må det understrekes at denne typen prinsipielle skiller ikke automatisk leder til forskjellige resultater i de to pilarene av samarbeidet. For eksempel er det nettopp lojaliteten til avtalen og dens uttrykte ønske om rettshomogenitet i EØS som har sørget for at EFTA-statene har akseptert et ulovfestet erstatningsansvar overfor borgerne ved brudd på avtalens forpliktelser som er svært beslektet med det vi finner for feilaktig gjennomføring av direktiver i EU-retten.

Beveger vi oss så over til de metodiske utfordringer knyttet til rettsenhet i EØS ser vi at den vesentlige vekt Høyesterett legger EFTA-domstolens forståelse av avtalens innhold kan være bestemmende for hvilke argumenter som anses mer eller mindre relevante i norsk rett som avtalen jo er en del av. En mer sentral rolle for fastleggingen av norsk rett på EØS-rettens område spiller likevel den vekt som legges på EU- og EFTA-domstolens fortolkning av avtalens innhold. I de tilfeller norske domstoler har benyttet muligheten i ODA art. 34 til å be EFTA-domstolen om en rådgivende tolkningsuttalelse blir den nærmest uten unntak lagt til grunn som den riktige. Det er de sentrale fortolkningsinstitusjonene, EU- og EFTA-domstolen, og ikke de nasjonale domstoler som besørger rettsutviklingen på EØS-rettens område, og slik må det være hvis en felles tolkningslære skal legitimeres og rettshomogeniteten opprettholdes. Det synes å være den generelle oppfatning at Høyesterett har behersket den metode som EU- og EFTA-domstolen legger til grunn<sup>133</sup> noe som må være et sentralt bidrag til at ESA ikke har funnet det nødvendig å ta ut søksmål mot Norge med særlig frekvens<sup>134</sup>. En annen vesentlig årsak til at konfliktnivået mellom norsk rett og EØS-rett som sådan synes å være på et lavt nivå er at EØS-rettsregler tillegges stor vekt i møte med spesifikt norske rettskildefaktorer. I de fleste tilfeller vil domstolene benytte seg tolkningsprinsipper som vil sørge for at EØS-rettsregelen slår i gjennom i møte med rettskildefaktorer som kan tilsi en annen løsning. Dette er etablert gjennom lang praksis på folkerettens område i norsk

---

<sup>132</sup> Jfr. presumsjonsprinsippet og "den hypotetiske lovgivervilje"

<sup>133</sup> Haukeland Fredriksen, EU/EØS-rett i norske domstoler side 98. Arnesen og Stenvik s. 143.

<sup>134</sup> Sejersted m.fl, EØS-rett side 161: "Sammenlignet med antall saker som Kommisjonen reiser mot medlemsstatene i EU, er antallet traktatbruddssaker for EFTA-domstolen lavt"

rett og ikke unikt for EØS-retten, men sørger like fullt for at EØS-retten får effektivt innpass.

Er motstriden er så stor at tolkningsprinsipper ikke kan harmonere EØS-regelen med det som følger av rettskildefaktorer med nasjonal forankring følger det av norsk lov selv at EØS-regelen skal gå foran. Nettopp det at forrangen følger av norsk lov og ikke av EØS-retten som sådan innebærer at det ikke er noe formelt i veien for at norske lovgivere kan sørge for at EØS-retten ikke får gjennomslag. I praksis er dette likevel en situasjon som er vanskelig å tenke seg, og til nå har det ikke forekommet noen eksempler på at den norske lovgiver bevisst har gitt bestemmelser i strid med EØS-retten<sup>135</sup>.

Ved forhandlingene til EØS-avtalen var det et ønske fra EUs side at EØS-retten skulle ha krav på absolutt forrang i EFTA-statene som EU-retten har det i EU<sup>136</sup>. Den frykt for rettslig uensartethet som var forbundet med fravær av dette har vist seg ugrunnet. Der rettshomogeniteten mellom EU og de enkelte medlemsstatene er forankret i EU-rettslig konstitusjonell kompetanse, er homogeniteten mellom EU-retten og EØS-retten i stor grad prisgitt den politiske velvilje og lojalitet som EFTA-statene er villige til å utvise. Til nå har dette virket å være tilstrekkelig til å oppfylle homogenitetsmålsettingen, og ulikheten i rettstilstanden mellom Norge og EU på EØS-rettens område synes å være liten.

---

<sup>135</sup> Se Arnesen og Stenvik, side 142

<sup>136</sup> NOU 2012 : 2, side 131

## Litteraturliste

- Aall, Jørgen, "EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett", Jussens Venner 2001 side 73-88
- Aarbakke, Magnus, "Kutymen som Rettskilde" Tidsskrift for Rettsvitenskap 1965 side 432-473
- Arnesen, Finn og Are Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode (Oslo 2009)
- Arnesen, Finn og Hans Petter Graver, Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, Rapportserie nr.19 til NOU 2003: 19
- Arnesen, Finn, Statlig styring og EØS-rettslige skranker (Oslo 1996)
- Arnesen, Finn, Introduksjon til rettskildelæren i EF (Oslo 1995)
- Borgli, Anneke Biesheuvel, Finn Arnesen, Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS – en introduksjon, (Oslo 1993)
- Børde, Ketil, "The European Economic Area, Norway and the European Union" The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal construction of Europe -, (Berlin/Oslo 1997) side 9-15
- Craig, Paul, Gráinne de Búrca, EU Law Text, Cases and Materials, 5. utgave, (Oxford 2011)
- Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 5.utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith Forvaltningsrett 8. utgave (Oslo 2006)
- Eyólfsson, Martin, Common Market Law Review 2000 side 191-211
- Fleischer, Carl August, Folkerett, 7. utgave (Oslo 2000)
- Fredriksen, Halvard Haukeland, "Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?", Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2010 s. 247-281
- Fredriksen, Halvard Haukeland, "EU/EØS-rett i norske domstoler", Rapport nr. 3, Europautredningen (Bergen 2011)
- Fredriksen, Halvard Haukeland, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2009, "Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?" side 507-576
- Haug, Bjørn, "The EFTA Court" The European Economic Area – Norway's Basic Status in the legal Constuction of Europe -, (Oslo/Berlin 1997) side 75-80
- Johnsrud, Erik og Tom Sørum, "Replikk til professor dr. juris Kai Krüger: berettiget frykt i Finanger-dommen" Jussens Venner side 184-198
- Kelsen, Hans, Pure Theory of law, Oversettelse ved Max Knight (California 1978)
- Krüger, Kai, "Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten", Jussens Venner 2001 s. 89-104
- Lorange Backer, Inge, "Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre", Jussens Venner side 248-266
- Nygaard, Nils, "Om statens skadebotansvar overfor private for feilaktig eller manglende gjennomføring av EU/EØS-direktiv", Jussens Venner 2001 s. 105-114
- Rognstad, Ole-Andreas, "EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen" Tidsskrift for Rettsvitenskap side 435-463
- Rud, Morten og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 3. utgave (Oslo 2006)
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad. EØS-rett, 3.utgave (Oslo 2011)
- Sejersted, Fredrik, "Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context", The European Economic Area – Norway's Basic Status in the legal Constuction of Europe -, (Oslo/Berlin 1997) side 43-73

Smith, Carsten, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1962 "Den internasjonale rettens innvirkning på den nasjonale retten" side 182-204

Smith, Carsten, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1964 "Folkerettens stilling ved norske domstoler" side 356-374

Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, EU-retten, 5 utg. (København 2010)

Thue, Yngvild, EF-domstolens lære om direktivets direkte virkning, (Oslo 1993)

Aall, Jørgen, "EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett", Jussens Venner 2001 s. 73-88

NOU 2012:2, Innenfor og Utenfor

Ot.prp nr.79 1991-92